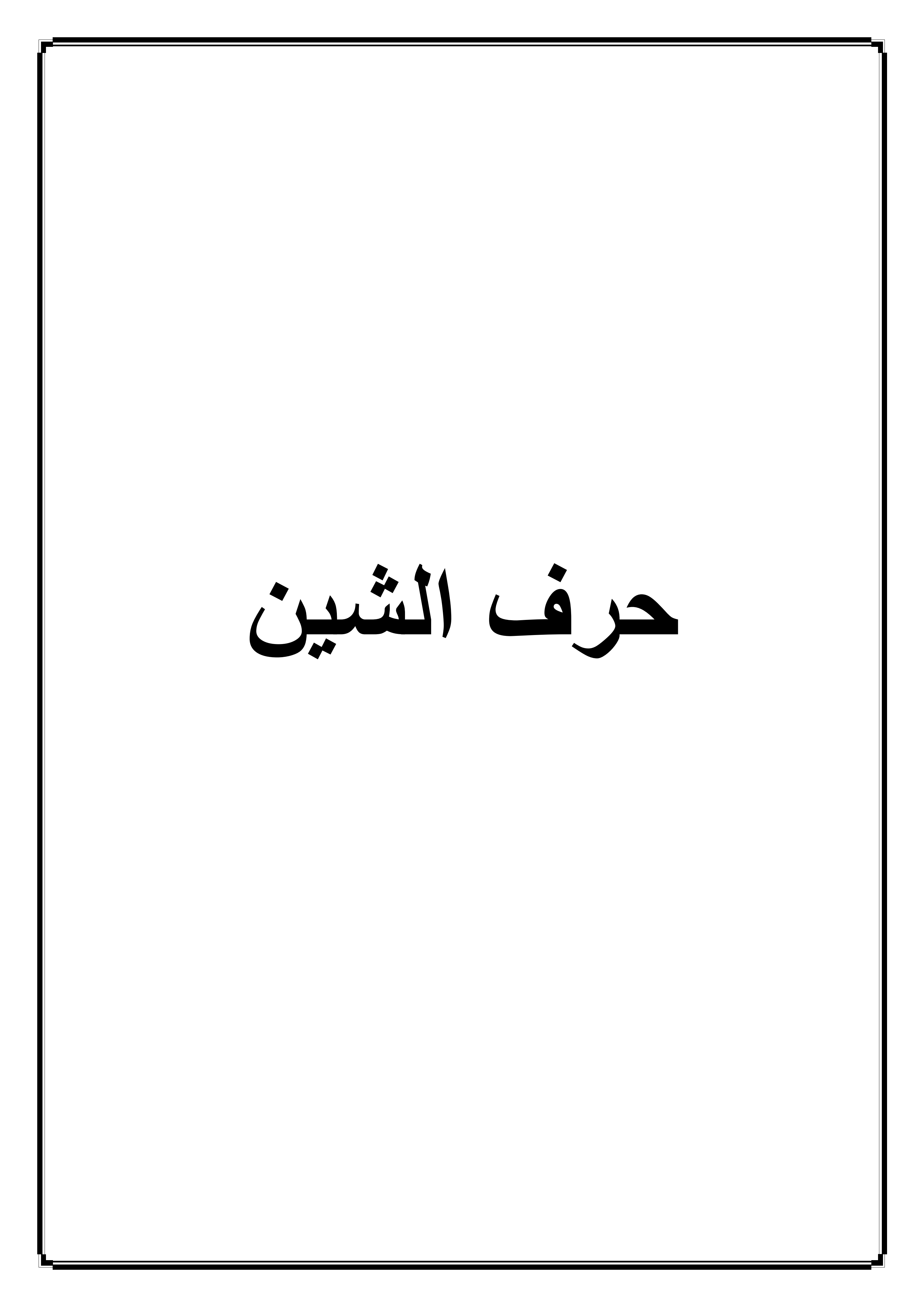


حرف الشين

شائع

انظر : شيوع

شاذّ

انظر : شذوذ

الشَّاذَرْوان

التعريـف :

١ ـ الشـــاذروان : بفتـح الـذال المعجمـة وسكون الراء ، هو من جدار البيت الحرام وهـو الـذى ترك من عرض الأساس خارجا ويسمى تأزيرا ، لأنه كالإزار للبيت [١] .

وقال ابن رشيد فى رحلته : « الشاذروان لفظة أعجمية ، هى فى لسان الفرس بكسر الـــذال » .

وعرفوه تعريفا أوضح بأنه : الإفريز المسلّم الخارج عن عرض جدار البيت قدر ثلثــى ذراع .

وذكـروا أنـه يمكن المشى عليه وبحثـوا صحـة الـطواف فوقه ، مما يدل على أن له سطحا عريضا ، أما الآن فهو بارز من جدار الكعبة ، ويمكن أن يمشى عليه أحد .

(١) المصباح المنير مادة (الشاذروان) .

٢ ـ و اخـتلف في الشـــاذروان هل هو من الكعبة أو لا ؟ .

فذهب المالكية والشافعية والحنابلة : إلى أنه من الكعبة ، وعلل بأنه تركته قريش عند تجديد بنـائهـا ، كما تركت الحطيم .
(ر : حجر وكعبة) .

وذهب الحنفية إلى أنه ليس من الكعبة ، إنما هو بناء وضع أسفل جدار الكعبة احتياطا لدعم جدار الكعبة وتثبيته ، خصوصا لخوف السيول فى الأزمنة السابقة .

وقد وافق الحنفية على مذهبهم جماعة من الفقهـاء المتـأخـرين من المـالكية والشافعيه ، فأنكـروا كون الشاذروان من البيت ، فمن المالكية ، الخطيب أبو عبد الله بن رُشيد ، وبالغ في إنكاره ، ومال إلى رأيه الحطــاب المالكـــى .

واستدل ابن رشيد لقوله : بأنه لا توجد هذه التسمية ، ولا ذكـر مسمّاها فى حديث صحيح ولا سقيم ولا عن صحابى ولا عن أحـد من السلف فيما علمت ، ولا لها ذكر عند الفقهاء المالكيين المتقدمين .

وقـال أيضا : انعقد إجما ع أهل العلم قبل طروّ هذا الاسم الفارسى على أن البيت

متحم على قواعد إبراهيم من جهة الركنين اليمانيين ، ولذلك استلمهما النبى ﷺ دون الآخرين .[١] وعلى أن ابن الزبير لما نقض البيت وبناه إنما زاد فيه من جهة الحجر ، وأنه أقامها على الأسس الظاهرة التى عاينها العدول من الصحابة وكبراء التابعين ، ووقع الاتفاق على أن الحجاج لم ينقض إلا جهة الحجر خاصة .

كما استدل بأن ابن الزبير لما هدم الكعبة ألصقها بالأرض من جوانبها وظهرت أسسها وأشهد الناس عليها ، ورفع البناء على ذلك الأساس .

الحكم الإجمالى :

٣ - اختلف الفقهاء فى حكم دخول الشاذروان ضمن الطواف . فذهب الجمهور إلى وجوب خروج جميع بدن الطائف عن الشاذروان ، أى : أن يكون داخلا فى ضمن ما يطوف حوله ، وهذا عند المالكية والشافعية والحنابلة . وخالف الحنفية فلم يوجبوا ذلك وصححوا الطواف فوقه . قالوا : « لكن ينبغى أن يكون طوافه وراءه خروجا من الخلاف » . لكن من القائلين بمذهب الجمهور من لا يقول : إن الشاذروان من الكعبة .[١] وفرع الشافعية على ذلك فروعا أوردها النووى :

(١) لو طاف ماشيا على الشاذروان ولو فى خطوة لم تصح طوفته تلك ، لأنه طاف فى البيت لا بالبيت .

(٢) لو طاف خارج الشاذروان وكان يضع إحدى رجليه أحيانا على الشاذروان ، ويثب بالأخرى لم يصح طوافه باتفاق الشافعية .

وواضح أن هذين الفرعين غير واقعين الآن ، لأن الشاذروان رفع من أعلامه مائلا حتى ينتهى بملاصقة جدار الكعبة .

(٣) لو طاف خارج الشاذروان وكان يمس الجدار بيده في موازاة الشاذروان أو غيره من أجزاء البيت ففي صحة طوافه وجهان ، أصحهما : لا يصح[٢].

---

(١) حديث استلام النبى ﷺ الركنين اليمانيين ، ورد فى حديث ابن عمر أنه قال : « لم أر النبى ﷺ يمسح من البيت إلا الركنين اليمانيين » أخرجه البخارى (الفتح ٣ / ٤٧٣ ـ ط السلفية) ومسلم (٢ / ٩٢٤ ـ ط الحلبى) واللفظ لمسلم .

(١) انظر قول ابن قدامة : « فصل : لو طاف على جدار الحجر وشاذروان الكعبة وهو ما فضل من حائطها لم يجزىء ، لأن ذلك من البيت ، فإذا لم يطف به لم يطف بكل البيت ، لأن النبى ﷺ طاف من وراء ذلك » .

(٢) المجموع ٨ / ٢٦ ، وانظر الحطاب ٣ / ٧٤ ، والمغنى ٣ / ٣٨٣ ، وابن عابدين ٢ / ١٦٨ .

شَارِب

التعريف :

١ ـ الشارب : اسم فاعل شرب ، يقال : شرب الماء أو غيره شربا فهو شارب ، ومنه قول الله تعالى : ﴿ فشاربون عليه من الحميم ، فشاربون شرب الهيم ﴾ .[١] ورجل شارب وشروب وشرّاب وشريب : مولع بالشراب كخمير ، والشرب والشروب : القوم يشربون ويجتمعون على الشراب ، قال ابن سيده : الشرب اسم جمع لشارب ، كركب ورجل ، وقيل : هو جمع ، والشروب جمع شارب ، كشاهد وشهود .

والشارب ـ أيضا ـ اسم للشعر الذى يسيل على الفم ، قال أبو حاتم : ولا يكاد يثنى ، وقال أبو عبيدة : قال الكلابيون : شاربان باعتبار الطرفين ، والجمع شوارب .[٢]

(١) سورة الواقعة / ٥٤ ، ٥٥ .

(٢) المصباح المنير ، والقاموس المحيط ، ولسان العرب مادة (شرب) .

ولا يخرج المعنى الإصطلاحى عن المعنى اللغوى[١].

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ اللحية :

٢ ـ اللحية : وهى ـ بكسر اللام وفتحها ـ الشعر النابت على الذقن خاصة ، والجمع : لِحىً وَلُحِىً ما ينبت من الشعر على ظاهر اللَّحْى ، وهو فك الحنك الأسفل . والشارب واللحية كلاهما من شعر الوجه ، لكن الشارب يكون على الشفة العليا ، واللحية تكون على الذقن[٢].

ب ـ العذار :

٣ ـ العذار عند أهل اللغة والفقه : هو الشعر النابت المحاذى للأُذنين بين الصدغ والعارض وهو أول ما ينبت للأمرد غالبا[٣].

والشارب والعذار كلاهما من شعر الوجه ، لكنهما يختلفان في موضعهما من الوجه .

(١) الإقناع للشربيني ١ / ٣٨ ، المفردات ص ٢٥٧ .

(٢) المصباح المنير ، الخرشي ١ / ١٢١ ، الإقناع ١ / ٣٨ .

(٣) المصباح المنير ، ولسان العرب ، الإقناع للشربيني ١ / ٣٨ ، نهاية المحتاج ١ / ١٥٤ .

ج - العنفقـة :

٤ - العنفقـة : شعيرات بين الشفة السفلى والـذقن ، وقيل : العنفقـة ما بين الـذقن وطـرف الشفة السفلى كان عليها شعر أو لم يكن ، وقيل : العنفقـة ما نبت على الشفة السفلى من الشعر [١].

د - العثنـون :

٥ - العثنون : اللحية أو ما فضل منها بعد العارضين ، أو مانبت على الذقن وتحتـه سفـلا [٢].

الأحكام المتعلقة بالشارب (من الشرب) :

٦ - يطلق الشارب - كما سبق في التعريف - على من شرب الماء أو غيره ، ولكن الشارب الذى عنى الفقهاء بالأحكام المتعلقة به هو شارب الخمر وسائر المسكرات .

وشرب الخمر من كبائر المحرمات ، بل إن الخمر أم الكبائر كما قال عمر وعثمان - رضى الله تعـالى عنهـما - ، والأصل فى تحريمها ، قول الله عز وجل : ﴿ يأيها الذين آمنوا إنما الخمـر والميسر والأنصاب والأزلام رجس من

(١) لسان العرب ، والقاموس المحيط .
(٢) القاموس المحيط مادة (عثن) .

عمـل الـشـيطان فاجتـنـبـوه لعـلكـم تفلحون ﴾ . [١] انظر : (أشربة ، سكر) .

الأحكـام المتعلقـة بالشــارب (الشعر على الشفة العليا) :

أولا : تطهيـر الشــارب :

أ - فـى الوضــوء :

٧ - اتفق الفقهاء على أنه يجب غسل الشارب مع الوجه في الوضوء ، وعلى أنه يجب غسل بشرة الشارب إذا كان خفيفا بحيث لا يستر شعر الشارب البشرة أى : الجلد تحته ، فإن لم تغسل البشرة أى : لم يصل الماء إليها فلا يجزىء ذلك في الوضوء [٢].

ولكن الفقهاء اختلفوا في وجوب إيصال المـاء إلى بشرة الشـارب في الوضوء إذا كان الشعر كثيفا يستر البشرة :

فذهـب الحـنفية : إلى أنــه لا يجب في الـوضوء غسل باطن شعر الشارب وإيصال المـاء إلى البشرة تحتـه إذا كان كثيفا ، لكن الشارب إذا كان طويلا يستر حمرة الشفتين ، وجب تخليله لأنه يمنع ظاهرا وصول الماء إلى

(١) سورة المائدة / ٩٠ .
(٢) رد المحتار ١ / ٦٦ - ٦٩ ، الخرشي ١ / ١٢٢ ، نهاية المحتاج ١ / ١٥٤ ، المغني ١ / ١١٦ .

جميع الشفة أو بعضها ، ولا سيما إن كان كثيفا ، وتخليله محقق لوصول الماء إلى جميعها [١] .

وذهب المالكية : إلى أنه يجب في الوضوء مع غسل الوجه غسل ظاهر الشعر إذا كان كثيفا ، ويكره تخليل الشعر الكثيف على ظاهر المدونة . [٢]

وذهب الشافعية : إلى أنه يجب في الوضوء مع غسل الوجه غسل الشارب ظاهرا وباطنا وإيصال الماء إلى البشرة تحته وإن كثف الشعر ، لأن كثافته نادرة فألحق بالغالب ، والمراد بالظاهر : الطبقة العليا مما يلي الوجه ، وبالباطن : خلال الشعر والبشرة التى تحته ، وقيل : الظاهر ما ظهر من الجهتين ، والباطن ما بينهما وأصول الشعر [٣] .

وذهب الحنابلة : إلى أنه يجب غسل الشارب مع الوجه في الوضوء . فإن كان شعر الشارب كثيفا ، لا يصف البشرة أجزأ غسل ظاهره ، ويسن تخليل الشارب إذا كان كثيفا وغسل باطنه خروجا من خلاف من أوجبه ، وقال ابن قدامة : ومن أصحابنا من ذكر فى

(١) رد المحتار ١ / ٦٩ ، فتح القدير ١ / ١٠ .
(٢) الخرشي ١ / ١٢٢ .
(٣) الإقناع للشربيني وحاشية الباجوري ١ / ٣٨ .

الشارب وجها آخر فى وجوب غسل باطنه وإن كان كثيفا ؛ لأنه يستر ما تحته عادة ، وإن وجد ذلك كان نادرا فلا يتعلق به حكم [١] .

ب - فى الغسل :

٨ - ذهب الفقهاء إلى أنه يجب في الغسل تعميم الشارب شعرا وبشرة بالماء ، كثيفا كان الشارب أو خفيفا ، لقوله ﷺ : « إن تحت كل شعرة جنابة فاغسلوا الشعر وأنقوا البشر » . [٢] ولما روى علي - رضى الله تعالى عنه - عن رسول الله ﷺ أنه قال : « من ترك موضع شعرة من جنابة لم يغسلها فعل به من النار كذا وكذا » قال على - رضى الله تعالى عنه - : « فمن ثَمَّ عاديت شعرى ثلاثا » وكان يجز شعره . [٣] ولأن الحدث في الغسل من الجنابة عم جميع البدن فوجب تعميمه بالغسل ، ولأن ما تحت الشعر بشرة أمكن إيصال الماء إليها من غير ضرر ، فلزم كسائر بشرته ، ولأنه شعر نابت فى محل الغسل

(١) كشاف القناع ١ / ٩٦ ، المغني ١ / ١١٦ .
(٢) حديث : « إن تحت كل شعرة جنابة » أخرجه أبو داود (١ / ١٧٢ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث أبى هريرة ، ثم أعله بضعف أحد رواته .
(٣) حديث : « من ترك موضع شعرة .... » أخرجه أبو داود (١ / ١٧٣ - تحقيق عزت عبيد دعاس) ولمح ابن حجر فى التلخيص (١ / ١٤٢ - ط شركة الطباعة الفنية) إلى أن الصواب وقفه على عليّ بن أبى طالب .

فوجب غسله ، ولأن من ضرورة غسل البشرة غسله ، فوجب غسله لأن الواجب لا يتم إلا به [١] .

ج - إعادة التطهر بعد حلق الشارب :

٩ - ذهب الفقهاء إلى أن من توضأ أو اغتسل ثم حلق شاربه ، أو قصه ، لا يلزمه إعادة الوضوء والغسل ، ولا يلزمه إعادة غسل محل الحلق أو القص ، قال ابن قدامة - فيما يشمل هذه الحالة - ومتى غسل هذه الشعور ثم زالت عنه لم يؤثر ذلك فى طهارته ، قال يونس بن عبيد : ما زاده ذلك إلا طهارة ، وهذا قول أكثر أهل العلم ، لأن فرض الغسل انتقل إلى الشعر أصلا ، بدليل أنه لو غسل البشرة دون الشعر لم يجزه ، بخلاف الخفين فإن مسحهما بدل عن غسل الرجلين فيجزى غسل الرجلين دون مسح الخفين [٢] .

وحكى عن ابن جرير أن ظهور بشرة الوجه بعد غسل شعره يوجب غسلها قياسا على ظهور قدم الماسح على الخف [٣] .

(١) رد المحتار ١ / ١٠٣ ، الخرشي ١ / ١٦٨ ، مغني المحتاج ١ / ٧٣ ، المغني ١ / ٢٢٧ - ٢٢٨ .

(٢) الدر المختار ورد المحتار ١ / ٦٩ ، شرح الزرقاني ١ / ٦٠ ، المغني ١ / ١١٧

(٣) المغني ١ / ١١٧ .

ثانيا : الأخذ من الشارب :

١٠ - اتفق الفقهاء على أن الأخذ من الشارب من الفطرة ، لما ورد عن أبى هريرة - رضى الله عنه - عن النبى ﷺ قال : « الفطرة خمس ، أو خمس من الفطرة : الختان والاستحداد وتقليم الأظفار ونتف الإبط وقص الشارب » [١] .

قال النووي : وتفسير الفطرة بالسنة هنا هو الصواب ، لما ورد فى صحيح البخاري عن عبد الله بن عمر - رضى الله تعالى عنهما - عن النبى ﷺ قال : « من السنة قص الشوارب ونتف الإبط وتقليم الأظفار » [٢] .

واتفق الفقهاء على أن الأخذ من الشارب من السنة ، [٣] للحديثين السابقين ، ولما ورد عن زيد بن أرقم - رضى الله تعالى عنه -

(١) حديث : « الفطرة خمس ، أو خمس من الفطرة . . . . » أخرجه مسلم (١ / ٢٢١ - ط الحلبي) .

(٢) قوله : من السنة قص الشوارب تعقب الحافظ ابن حجر كلام النووي ، أنه لم ير هذا اللفظ في شيء من نسخ البخاري وأن الصواب أنه عند البخاري بلفظ : « الفطرة » كذا فى فتح الباري (١٠ / ٣٣٩ - ط السلفية) . ولفظ : « من الفطرة قص الشارب » أخرجه البخاري (الفتح ١٠ / ٣٣٤ - ط السلفية) من حديث ابن عمر .

(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ٣ / ١٤٦ - ١٤٨ ، المجموع شرح المهذب ١ / ٢٤٨ - ٢٨٧ .

قال : قال رسول الله ﷺ : « من لم يأخذ من شاربه فليس منا »[١] .

١١ - لكن الفقهاء اختلفوا في ضابط الأخذ من الشارب ، هل يكون بالقص أم بالحلق أم بالإحفاء[٢] ؟ .

فأما الحنفية فقد اختلفوا فيما يسن في الشارب ، ونقل ابن عابدين الخلاف فقال : المذهب عند بعض المتأخرين من مشايخنا أنه القص ، قال في البدائع : وهو الصحيح ، وقال الطحاوي : القص حسن والحلق أحسن ، وهو قول علمائنا الثلاثة .

وأما طرفا الشارب ، وهما السبالان ، فقيل : هما منه ، وقيل : من اللحية وعليه فلا بأس بتركهما ، وقيل : يكره لما فيه من التشبه بالأعاجم وأهل الكتاب ، وهذا أولى بالصواب . ونص الحنفية على أن توفير

(١) حديث : « من لم يأخذ من شاربه فليس منا » أخرجه الترمذي (٥ / ٩٣ - ط الحلبي) وقوى إسناده ابن حجر في الفتح (١٠ / ٣٣٧ - ط السلفية) .

(٢) القص : أصل القص القطع ، يقال : قصصت ما بينهما أي : قطعت ، وقص الشعر قطعه ، وأخذه بالمقص .
الحلق : الإزالة ، يقال : حلق رأسه يحلقه حلقا وتحلاقا إذا أزال شعره . (القاموس المحيط) .
الإحفاء : الاستئصال ، يقال : أحفى الرجل شاربه إذا بالغ في أخذه وقصه . (لسان العرب ، المصباح المنير) .

الشارب في دار الحرب للغازي مندوب ، ليكون أهيب في عين العدو[١] .

ويستحب عندهم قص الشارب كل أسبوع ، والأفضل يوم الجمعة ، ويكره تركه وراء الأربعين لما رواه أنس بن مالك - رضي الله تعالى عنه - قال : « وقت لنا في قص الشارب وتقليم الأظفار ونتف الإبط وحلق العانة أن لا تترك أكثر من أربعين ليلة »[٢] وهو من المقدرات التي ليس للرأي فيها مدخل فيكون كالمرفوع[٣] .

وقال المالكية : قص الشارب من الفطرة لقول النبي ﷺ : « قصوا الشوارب »[٤] وهو سنة خفيفة ، فليس الأمر في الحديث للوجوب ، والسنة : القص لا الإحفاء ، والشارب لا يحلق بل يقص ، قال يحيى : سمعت مالكا يقول : يؤخذ من الشارب حتى يبدو طرف الشفة وهو الإطار ، ولا يَجُزه فيمثل بنفسه .

(١) رد المحتار ٢ / ٢٠٤ ، ٥ / ٢٦٠ - ٢٦١ ، الاختيار ٤ / ١٧٧ ، فتح القدير ٢ / ٢٣٢ .
(٢) حديث أنس : « وقت لنا في قص الشارب . . . » أخرجه مسلم (١ / ٢٢٢ - ط الحلبي) .
(٣) رد المحتار ٥ / ٢٦١ - ط بولاق .
(٤) حديث : « قصوا الشوارب . . . » أخرجه أحمد (٢ / ٢٢٩ - ط الميمنية) من حديث أبي هريرة ، وإسناده حسن .

وفي قص السبالتين عندهم قولان .
والمعتمد عند المالكية أنه يجب على المرأة حلق ما خلق لها من شارب [١] .

وقال الشافعية : قص الشارب سنة للأحاديث الواردة في ذلك ، ويستحب في قص الشارب أن يبدأ بالجانب الأيمن ، لأن النبي ﷺ كان يحب التيامن في كل شيء . [٢] وهو مخير بين أن يقص شاربه بنفسه أو يقصه له غيره لأن المقصود يحصل من غير هتك مروءة .

وأما حد ما يقصه : فالمختار أن يقص حتى يبدو طرف الشفة ، ولا يحفه من أصله ، قالوا : وحديث : « أحفوا الشوارب . . . » [٣] محمول على ما طال على الشفتين ، وعلى الحف من طرف الشفة لا من أصل الشعر ، وقد روى الترمذي عن عبد الله بن عباس - رضى الله تعالى عنهما - قال : « كان النبى ﷺ يقص أو يأخذ من شاربه ، [١] وكان إبراهيم خليل الرحمن يفعله » ، وروى البيهقي فى سننه عن شرحبيل بن مسلم الخولاني قال : رأيت خمسة من أصحاب رسول ﷺ يقصون شواربهم ويعفون لحاهم ويصغرونها : أبو أمامة الباهلى ، وعبد الله بن بسر ، وعتبة بن عبد السلمي ، والحجاج بن عامر الثمالي ، والمقدام بن معدي كرب الكندي ، كانوا يقصون شواربهم مع طرف الشفة [٢] .

وقال المحاطي وغيره : يكره حلق الشارب .
وقال الباجوري : إحفاء الشارب بالحلق أو القص مكروه ، والسنة أن يحلق منه شيئا حتى تظهر الشفة ، وأن يقص منه شيئا ويبقي منه شيئا .

ونقل الزركشي عن أبي حامد والصيمري ؛ استحباب الإحفاء ، ثم قال : ولم نجد عن الشافعي فيه نصا ، وأصحابه الذين رأيناهم كالمزني والربيع كانا يحفيان شواربهما ، فدل ذلك على أنهما أخذا

(١) حاشية العدوي على الفواكه الدواني ٢ / ٣٥٣ ، الفواكه الدواني ١ / ١٥٢ ، القوانين الفقهية ٤٣٠ .

(٢) حديث : « كان يحب التيامن . . . » أخرجه البخاري (الفتح ١ / ٥٢٣ - ط السلفية) ومسلم (١ / ٢٢٦ - ط الحلبي) من حديث عائشة .

(٣) حديث : « أحفوا الشوارب . . . . » أخرجه البخاري (الفتح ١٠ / ٣٤٩ - ط السلفية) ومسلم (١/ ٢٢٢ - ط الحلبي) من حديث ابن عمر .

(١) حديث : « كان يقص أو يأخذ من شاربه . . . » أخرجه الترمذي (٥ / ٩٣ - ط الحلبي) ، وقال : « حديث حسن غريب » .

(٢) أثر شرحبيل بن مسلم . أخرجه البيهقي (١/ ١٥١ - ط دائرة المعارف العثمانية) .

ذلك عنه ، وقال الزركشي : وزعم الغزالي فى الإحياء أنه بدعة ، وليس كذلك فقد رواه النسائي فى سننه .

ولا بأس عند الشافعية بترك السبالين ، وهما طرفا الشارب ، لفعل عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ وغيره ، ولأنهما لا يستران الفم ، ولا يبقى فيهما غمر الطعام إذ لا يصل إليهما .

ويكره عند الشافعية ، تأخير قص الشارب عن وقت الحاجة ، والتأخير إلى ما بعد الأربعين أشد كراهة لخبر مسلم المتقدم . قال فى المجموع : ومعنى الخبر أنهم لا يؤخرون هذه الأشياء فإن أخروها فلا يؤخرونها أكثر من أربعين ، لا أن المعنى أنهم يؤخرونها إلى الأربعين ، وقد نص الشافعي والأصحاب على أنه يستحب تقليم الأظفار والأخذ من هذه الشعور يوم الجمعة [١] .

وقال الحنابلة : يسن قص الشارب أي : قص الشعر المستدير على الشفة ، أو قص طرفه ، وحفه أولى نصا ، قال في النهاية : إحفاء الشوارب أن تبالغ فى قصها ، ومن

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ٣ / ١٤٩ ، حاشية الباجوري على الإقناع ٢ / ٢٤٦ ، أسنى المطالب ١ / ٥٥١ ، المجموع ١ / ٢٨٧ ـ ٢٨٨ ، روضة الطالبين ٢ / ١٠٨ ، ٣ / ٢٣٤ .

الشارب السبالان وهما طرفاه ، لحديث أحمد : « قصوا سبالكم ووفروا عثانينكم وخالفوا أهل الكتاب » [١] .

وقالوا: يسن الأخذ من الشارب كل جمعة لما روي : « أن النبي ﷺ كان يأخذ أظفاره وشاربه كل جمعة » [٢] فإن تركه فوق أربعين يوما كره لحديث أنس السابق : « وقت لنا في قص الشارب . . . . . الخ) ، وعللوا الأخذ من الشارب كل جمعة بأنه إذا ترك يصير وحشا [٣] .

ثالثا : الأخذ من الشارب يوم الجمعة :

١٢ ـ ذهب الفقهاء إلى أنه يستحب لمن يريد حضور الجمعة تحسين هيئته بقص الشارب وغير ذلك من الأمور المندوبة في ذلك اليوم ،

(١) حديث : « قصوا سبالكم » أخرجه أحمد (٥ / ٢٦٥ ـ ط الميمنية) من حديث أبي أمامة ، وأورده الهيثمي في المجمع (٥ / ١٣١ ـ ط القدسي) وقال : « رواه أحمد والطبراني ، ورجال أحمد رجال الصحيح ، خلا القاسم وهو ثقة ، وفيه كلام لا يضر» .

(٢) حديث « أن النبي ﷺ كان يأخذ أظفاره وشاربه كل جمعة » ورد من حديث أبي هريرة . أخرجه البزار (الكشف ١ / ٢٩٩ ـ ط الرسالة) . وقال الهيثمي : « رواه البزار والطبراني في الأوسط ، وفيه إبراهيم بن قدامة قال البزار : ليس بحجة إذا انفرد بحديث ، وقد تفرد بهذا » . كذا فى مجمع الزوائد (٢ / ١٧٠ ـ ١٧١ ـ ط القدسي) .

(٣) مطالب أولى النهى ١ / ٨٥ ـ ٨٧ ، ٢ / ٤٢٥ .

لحديث عبد الله بن عمرو بن العاص ـ رضي الله تعالى عنهما ـ الذى رواه البغوي ، وقد سبق ، ولأن الجمعة من أعظم شعائر الإسلام فاستحب أن يكون المقيم لها على أحسن وصف ، وإظهارا لفضيلة يوم الجمعة فإنه كما جاء في الحديث سيد الأيام [(١)] .

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن الأخذ من الشارب يكون قبل حضور صلاة الجمعة ، ولكن الحنفية قالوا : إن حلق الشعر يوم الجمعة بعد الصلاة أفضل لتناله بركة الصلاة [(٢)] .

رابعا : إزالة الشارب في الإحرام :

١٣ ـ من محظورات الإحرام بحج أو عمرة إزالة الشعر من جميع بدن المحرم ومنه الشارب ، لقول الله عز وجل : ﴿ ولا تحلقوا رؤسكم ﴾ [(٣)] أي : شعورها ، نص على حلق شعر الرأس وعدى إلى شعر سائر البدن لأنه في معناه ، إذ حلقه يؤذن بالرفاهية ، وهو ينافي الإحرام ، لكون المحرم أشعث أغبر ، وقيس على الحلق النتف والقلع ونحوهما لأن ذلك في معنى الحلق من حيث إزالة الشعر ، وإنما عبر بالحلق في الآية الكريمة لأنه هو الغالب ، [(١)] أما ما يجب في ذلك فينظر في (إحرام) و (حلق) .

خامسا : الأخذ من شارب الميت :

١٤ ـ إذا مات المحرم بحج أو عمرة فلا يؤخذ من شاربه ولا من شعره شيء ، مراعاة لإحرامه ، لأنه يظل عليه ، ويبعث يوم القيامة ملبيا [(٢)] كما جاء في حديث الأعرابي الذي وقصته ناقته فمات وهو محرم ، فقال النبى ﷺ : « اغسلوه بماء وسدر ، وكفنوه فى ثوبين ، ولا تحنطوه ، ولا تخمروا رأسه ، فإنه يبعث يوم القيامة ملبيا » . [(٣)]

وأما غير المحرم من الموتى فقد اختلف فى

---

(١) حديث : « الجمعة سيد الأيام . . . » أخرجه ابن ماجه (١ / ٣٤٤ ـ ط الحلبى) من حديث أبى لبابة بن عبد المنذر ، وحسنه البوصيري فى مصباح الزجاجة (١ / ٢٠٤ ـ ط دار الجنان) .

(٢) بدائع الصنائع ١ / ٢٦٩ ، رد المحتار ١ / ٥٥٤ ، جواهر الإكليل ١ / ٩٦ ، كفاية الطالب ١ / ٢٩٦ ، أسنى المطالب ١ / ٢٦٦ ، كشاف القناع ٢ / ٤٢ ، مطالب أولي النهى ١ /٨٧ .

(٣) سورة البقرة / ١٩٦ .

---

(١) رد المحتار ٢ / ٢٠٩ ، كفاية الطالب ١ / ٤٢٠ ، أسنى المطالب ١ / ٥٠٩ ، المغني ٢ / ٤٢١ ـ ٤٢٢ .

(٢) فتح العزيز (مع المجموع) ٥ / ١٢٩ .

(٣) حديث : « اغسلوه بماء وسدر . . . . » أخرجه البخاري (الفتح ٣ /١٣٦ ـ ط السلفية) ومسلم (٢ / ٨٦٥ ـ ط الحلبي) من حديث ابن عباس .

الأخذ من شاربه : وللشافعي في هذه المسألة قولان :

قال النووي : يحصل من كلام الشافعية في الأخذ من شارب الميت ثلاثة أقوال المختار : أنه يكره ، والثاني : لا يكره ولا يستحب ، والثالث : يستحب وهو قول الحنابلة ، إذا كان الشارب طويلا لقول النبي ﷺ : « اصنعوا بموتاكم ما تصنعون بعرائسكم » . [١] ولأن تركه يقبح منظره ، ولأنه فعل مسنون في الحياة لا مضرة فيه فشرع بعد الموت كالغسل ، وممن استحبه : سعيد بن المسيب ، وابن جبير ، والحسن البصري ، وأحمد بن حنبل ، وإسحاق بن راهويه . وممن كرهه : أبو حنيفة ، ومالك ، والثوري ، والمزني ، وابن المنذر ، ونقله العبدري ، عن جمهور العلماء .

وصرح المحاملي وغيره من القائلين بأنه لا يكره الأخذ من شارب الميت بأن الأخذ منه يكون قبل الغسل .

وقال النووي : ولم يتعرض الجمهور ـ يعني جمهور الأصحاب من الشافعية ـ لدفن هذه الأجزاء مع الميت ، وقال صاحب العدة : ما يؤخذ منها يصر في كفنه ، ووافقه القاضي حسين وصاحب التهذيب في الشعر المنتف في تسريح الرأس واللحية ، وقال به غيرهم .

وقال صاحب الحادي : الاختيار عندنا أنه لا يدفن معه إذ لا أصل له [١] .

وقال الحنابلة : إذا أخذ الشعر جعل معه في أكفانه ، لأنه من الميت فيستحب جعله في أكفانه كأعضائه ، فيغسل ويجعل معه [٢] .

سادسا : أخذ المعتكف من شاربه :

١٥ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لا يضر في الاعتكاف أخذ المعتكف من شاربه إذا لم يلوث المسجد بذلك ، لعدم ورود ترك ذلك عن النبي ﷺ ، ولا الأمر به ، والأصل بقاء الإباحة .

لكن المالكية ذهبوا إلى أنه يكره للمعتكف أن يأخذ من شاربه في المسجد ولو جمع ما يأخذه في ثوبه وألقاه خارج المسجد لحرمته ،

---

(١) حديث : « اصنعوا بموتاكم ما تصنعون بعرائسكم . . . » أورده ابن قدامة في المغني (٢ / ٥٤١ ـ ط الرياض) ولم يعزه إلى أى مصدر .

(١) الوسيط ٢ / ٨٠٧ ـ ٨٠٨ ، روضة الطالبين ٢ / ١٠٨ ، المجموع ٥ / ١٧٨ ـ ١٧٩ ـ ١٨٠ .

(٢) المغني ٢ / ٥٤١ .

فإن أخذ من شاربه في المسجد ، فإنه يبطل اعتكافه عند القائلين منهم بإبطال الاعتكاف بكل منهي عنه ، ولا يبطل اعتكافه عند من خص الإبطال بالكبيرة .

وقالوا : إذا احتاج المعتكف إلى قص شاربه جاز له أن يدني رأسه لمن يأخذ من شعره ويصلحه ، ولا يخرج في ذلك إلى بيته ولا إلى دكان الحجام ، لأنه يقدر على ذلك وهو في المسجد [١] .

وقال الحنابلة : يسن صون المساجد عن كل قذر كقص الشارب ونحوه [٢] .

سابعا : الوضوء والغسل بعد قص الشارب :

١٦ ـ نص الشافعية على أنه يسن الوضوء لمن قص شاربه ، وكذلك الغسل [٣] .

ثامنا : الجناية على الشارب :

١٧ ـ ذهب الفقهاء إلى أنه يجب بالجناية على الشارب حكومة عدل ، لأن الشارب تبع للحية فصار كبعض أطرافها . [١] وللتفصيل ينظر (حكومة عدل) .

(١) الدسوقي ١ / ٥٤٩ ، جواهر الإكليل ١ / ١٥٩ ، مواهب الجليل ٢ / ٤٦٣ ، الجمل ٢ / ٣٦٣ .

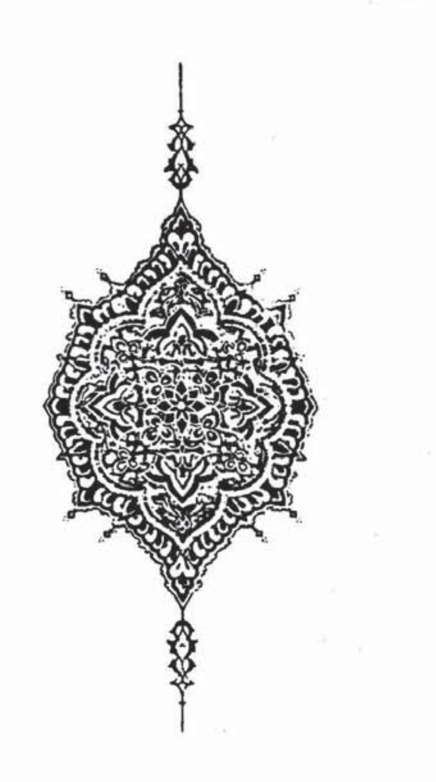
(٢) مطالب أولي النهى ٢ / ٢٥٤ ، كشاف القناع ٢ / ٣٦٤ .

(٣) نهاية المحتاج ٢ / ٣٢١ ، الإقناع للشربيني ١ / ٤٧ .

(١) فتح القدير ٨ / ٣٠٩ ، الإقناع للشربيني ٢ / ١٦٦ ، مطالب أولي النهى ٦ / ١٢٥

شَارِبُ الخَمْرْ

انظر : حدود ، سكر



شَارِد

التعريـف :

١ ـ الشارد في اللغة : اسم فاعل من شرد ، يقال : شرد البعير شرودا ، ندّ ونفر ، الاسم الشراد بالكسر . [1] ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي .

الألفاظ ذات الصلة :

الآبـق :

٢ ـ الآبق : هو العبد المنطلق تمردا على من هو في يده ، من غير خوف ، ولا كبر في العمل ويطلق بعض الفقهاء لفظ الآبق على من ذهب متخفيا مطلقا لسبب أو غيره ، ولفظ الآبق خاص بالإنسان ، والشارد خاص بالحيوان . (انظر الموسوعة : إباق) .

(١) لسان العرب ، المصباح المنير ، غريب القرآن مادة شرد ، حاشية الجمل ٣ / ٢٨ .

الحكـم التكليفـي :

(١) بيع الشارد أو إجارته :

٣ ـ اتفق الفقهاء على أنه لا يجوز بيع الجمل الشارد ونحوه ، مما لا يقدر البائع على تسليمه للمشتري لحديث أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ : « أن النبي ﷺ نهى عن بيع الغرر » [1] ولأن القصد من البيع هو تمليك التصرف ، وذلك لا يتحقق فيما لا يقدر على تسليمه .

ولا يجوز كذلك أن يؤجر بعيرا شاردا أو نحوه لما فيه من الغرر ، وعدم القدرة على التسليم [2] التفاصيل في مصطلح (بيع ، إجارة) .

(٢) ذبح الحيوان الشارد :

٤ ـ ذهب جمهور الفقهاء من الحنفية والشافعية والحنابلة وغيرهم إلى أنه إذا توحش الحيوان الآنس المأكول ، فلم يقدر على ذبحه في محل الذكاة كالبعير الشارد ، أو البقرة أو الشاة أو غيرها ، فكل موضع من بدنه محل

(١) حديث : « نهى عن بيع الغرر » أخرجه مسلم (٣ / ١١٥٣ ـ ط الحلبي) .

(٢) حاشية ابن عابدين ٤ / ٥ ، حاشية الدسوقي ١ / ٤٨٤ ، حاشية العدوي ٢ / ١٢٧ جواهر الإكليل ٢ / ٥ .

لذكاته فإذا جرحه في أي موضع من بدنه سواء الخاصرة ، أو الفخذ ، أو غيرهما فمات حل أكله أي : أنه يكفي في ذبحه أي جرح يفضي إلى الزهوق كيف كان . لما رواه رافع بن خديج - رضي الله عنه - قال : كنا مع النبي ﷺ : فأصاب الناس غنما وإبلا فندَّ منها بعير ، فرماه رجل بسهم فحبسه الله به » ، فقال رسول الله ﷺ : « إن هذه البهائم لها أوابد كأوابد الوحش ، فما غلبكم منها فاصنعوا به هكذا » ، [1] وروي عن ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال : « ما أعجزك من البهائم مما في يدك فهو بمنزلة الصيد » .

قال النووي : وليس المراد بالتوحش مجرد الإفلات بل متى تيسر اللحوق به بِعَدْوٍ أو استعانة بمن يمسكه ، فليس ذلك توحشا ولا يحل حينئذ إلا بالذبح في المذبح .

وفرق بعض الحنفية بين الفرار في الصحراء ، والفرار في المصر بالنسبة للشاة . فقالوا : إذا شردت الشاة في الصحراء تذبح اضطرارا ، وله أن يجرحها من أي مكان من

(١) حديث : « إن هذه البهائم لها أوابد » . أخرجه البخارى (الفتح ٦ / ١٨٨ - ط السلفية) ومسلم (٣ / ١٥٥٨ - ط . الحلبي) .

بدنها حتى وإن أصاب في قرنها أو ظلفها وأدماها ، ثم ماتت حلّ أكلها لتعذر ذبحها العادي .

أما إذا شردت في المصر فلا يجوز ذبحها اضطرارا لأن ذكاتها العادية غير متعذرة .

وإلى رأي الجمهور ذهب ابن العربي من المالكية وكذا ابن حبيب منهم فى البقرة الشاردة خاصة .

وذهب المالكية وسعيد بن المسيب والليث ابن سعد وربيعة : إلى أن الشارد من الإبل والبقر ، والغنم ، وغيرها ، لا يحل إلاّ بذكاته في موضع الذبح المعتاد - الحلق أو اللبة - ولا يتغير موضع الذكاة بشروده وتوحشه . [1] لقوله ﷺ : «الذكاة في الحلق واللبة » [2]

انظر : (ذبح ، ذكاة ، صيد) .

(١) حاشية ابن عابدين ٥ / ١٩٢ ، القوانين الفقهية ص ١٨٢ ، المجموع للنووي ٩ / ١٢٢ ، المغني لابن قدامة ٨ / ٥٦٦ .

(٢) حديث : « الذكاة في الحلق واللبة » أخرجه الدارقطني (٤ /٢٨٣ - ط . دار المحاسن) من حديث أبي هريرة ونقل الزيلعي عن ابن عبد الهادي أنه قال عن إسناده : « هذا إسناد ضعيف بمرة » كذا في نصب الراية (٤ / ١٨٥ - ط المجلس العلمي) .

شارع

انظر : ارتفاق ، حكم حاكم ، طريق

شاة

انظر : غنم

شاهين

انظر : أطعمة ، صيد

شُؤم

التعريـف :

١ - الشؤم : لغة : الشر ، ورجل مشئوم : غير مبارك ، وتشاءم القوم به مثل تطيروا به ، والتشاؤم توقع الشر [١] . فقد كانت العرب إذا أرادت المـضـي لمهـم تطيرت بأن مرت بجاثم الطير ، فتثيرها لتستفيد : هل تمضي أو ترجـع ؟ فإن ذهب الطير شمالا تشاءموا فرجعوا وإن ذهب يمينا تيامنوا فمضوا . [٢] فنهى الشارع عن ذلك وقال : « لا طيرة ولا هامة » [٣] ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي .

الألفاظ ذات الصلة :

الفـأل :

٢ - الفـأل : قول أو فعـل يستبشر به .

---

(١) المصباح المنير (مادة : شؤم) .

(٢) المصباح المنير (مادة : طير) .

(٣) حديث : « لا طيرة ولا هامة » أخرجه البخارى (الفتح ١٠ / ١٧١ ط السلفية) ومسلم (٤ / ١٧٤٢ - ١٧٤٣ ط الحلبـي) .

يقال : تفاءل بالشيء تفاؤلا وفألا ، وقد يستعمل فيما يكره ، يقال : لا فأل عليك أي : لا ضير عليك . وفي الحديث : « أحسنها الفأل » [١] وهو أن يسمع الكلمة الطيبة فيتيمن بها ، وهو ضد الطيرة ، كأن يسمع مريض : يا سالم ، أو طالب : يا واجد [٢] . وكان رسول الله ﷺ يعجبه إذا خرج من بيته أن يسمع « يا راشد يا نجيح » [٣] .

الحكم التكليفي :

٣ - ذهب بعض الحنابلة إلى كراهة التشاؤم والطيرة دون الفأل .

واستدلوا على ذلك بحديث بريدة - رضي الله عنه - كان رسول الله ﷺ ، لا يتطير من شيء ولكن إذا أراد أن يأتي أرضا سأل عن

(١) حديث : « أحسنها الفأل » أخرجه أبو داود (٤ / ٢٣٥ تحقيق عزت عبيد الدعاس) والبيهقى (٨ / ١٣٩ ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث عروة بن عامر مرسلا .

(٢) لسان العرب ، والمعجم الوسيط مادة (فأل)

(٣) حديث : « كان يعجبه إذا خرج . . . » أخرجه الترمذى (٤ / ١٦١ - ط الحلبي) من حديث أنس بن مالك وقال : حديث حسن صحيح .

اسمها ، فإن كان حسنا رؤى البشر في وجهه وإن كان قبيحاً رؤى ذلك في وجهه ، وكان إذا بعث رجلا سأل عن اسمه فإن كان حسن الاسم رؤى ذلك في وجهه ، وإن كان قبيحا رؤى ذلك في وجهه) [١] .

ولحديث ابن عمر : « إنما الشؤم في ثلاثة : في الفرس والمرأة والدار » [٢] . وقال ابن مفلح : إنه قول غير واحد من الأصحاب . وقال : الأولى القطع بتحريمها ، ولعل مرادهم بالكراهة التحريم . وذهب بعض العلماء إلى أن التشاؤم والطيرة من الكبائر ، وأن يحرم اعتقادها والعمل بها . ولقوله عليه الصلاة والسلام : « ليس منا من تطير ولا من تطير له » [٣] . ولقوله ﷺ : « الطيرة شرك وما منا

(١) حديث : « كان لا يتطير من شيء . . . . . » أخرجه أحمد (٥ / ٣٤٧ ، ٣٤٨ - ط الميمنية) . وأبو داود (٢ / ٢٣٦ - تحقيق عزت عبيد الدعاس) من حديث بريدة ، وحسنه الحافظ في الفتح (١٠ / ٢١٥ - ط السلفية) .

(٢) حديث : « إنما الشؤم فى ثلاثة . . . » أخرجه البخاري (الفتح ٦ / ٦٠ - ط السلفية) ومسلم (٤ / ١٧٤٧ - ط الحلبي) من حديث عبد الله بن عمر .

(٣) حديث : « ليس منا من تطير . . . . » رواه البزار - كما في الترغيب والمجمع - من حديث عمران وقال المنذري (٤ / ٣٣ - ط الحلبي) : « إسناده جيد ، ورواه الطبراني من حديث ابن عباس بإسناد حسن » .

إلا تطيَّر ولكن الله يذهبه بالتوكل» [١] . قال النووي : كانت تصدهم في كثير من الأوقات عن مصالحهم ، فنفى الشرع ذلك وأبطله ، ونهى عنه وأخبر أنه ليس له تأثير بنفع ولا بضر ، فهذا معنى قوله ﷺ « لا طيرة [٢] » . وفي حديث آخر : « الطيرة شرك » أي : اعتقاد أنها تنفع أو تضر إذا عملوا بمقتضاها معتقدين تأثيرها فهو شرك لأنهم جعلوا لها أثرا في الفعل والإيجاد ، وأما الفأل ، وقد فسره النبي ﷺ بالكلمة الصالحة ، والحسنة والطيبة .

قال العلماء : يكون الفأل فيما يسر وفيما يسوء ، والغالب في السرور ، والطيرة لا يكون إلا فيما يسوء . قالوا وقد يستعمل مجازا في السرور يقال : تفاءلت بكذا بالتخفيف ، وتفألت بالتشديد وهو الأصل .

قال العلماء : وإنما أحب الفأل لأن الإنسان إذا أمل فائدة الله تعالى وفضله عند سبب قوى ، أو ضعيف ، فهو على خير فى الحال وإن غلط فى جهة الرجاء ، فالرجاء له خير ، وأما إذا قطع رجاءه وأمله من الله تعالى ، فإن ذلك شر له ، والطيرة فيها سوء الظن ، وتوقع البلاء [١] . وانظر أيضا : (تطير . تفاؤل) .

شؤم المرأة والفرس والمسكن :

٤ - قال عليه الصلاة والسلام : « إنما الشؤم فى ثلاثة : فى الفرس ، والمرأة ، والدار » [٢] . وعن سهل بن سعد الساعدى مرفوعا « إن كان الشؤم فى شىء ففى المرأة والفرس والمسكن » [٣] حمل مالك وابن قتيبة وبعض علماء الحديث على ظاهره .

وقال ابن حجر : قال ابن قتيبة : « وجهه أن أهل الجاهلية كانوا يتطيرون ، فنهاهم النبى ﷺ ، وأعلمهم أن لا طيرة ، فلما أبوا أن ينتهوا بقيت الطيرة فى هذه الأشياء الثلاثة » : فأخذ بظاهر الحديث . وقال القرطبى : « إنما عنى أن هذه الأشياء هى أكثر ما يتطير به الناس ، فمن وقع فى نفسه شىء أبيح له أن يتركه ويستبدل به غيره » .

---

(١) حديث : « الطيرة شرك » أخرجه أحمد (١ / ٣٨٩ ، ٤٣٨ - ط الميمنية) ، وأبو داود (٤ / ٢٣٠ - تحقيق عزت عبيد الدعاس) ، والترمذي (٤ / ١٦١ - ط الحلبي) . وقال : حسن صحيح) .
وقال الحافظ : وقوله :«وما منا إلا» من كلام ابن مسعود أدرج في الخبر (الفتح ١٠ / ٢٢٤ ط السلفية .)

(٢) حديث : « لا طيرة » تقدم تخريجه ف ١ .

(١) شرح النووي على صحيح مسلم ١٤ / ٢١٩ ، ٢٢٠

(٢) حديث : « إنما الشؤم فى ثلاثة : فى الفرس والمرأة والدار» تقدم تخريجه .

(٣) حديث : « إن كان الشؤم فى شىء ففى المرأة .... » أخرجه البخارى (الفتح ٦ / ٦٠ ط السلفية) ومسلم (٤ / ١٧٤٨ ط الحلبي) تقدم تخريجه ف ٣

وذهب بعض العلماء : إلى أن معنى الحديث أن شؤم المرأة إذا كانت غير ولود ، وشؤم الفرس إذا لم يغز عليه أو كانت ضروبا ، وشؤم الدار جار السوء ، أو كانت بعيدة عن المسجد ، وقد أنكرته أم المؤمنين عائشة ـ رضي الله عنها ـ عندما سمعته واعتبرته من أوهام راويه ، وإنه قد أخطأ فى روايته . فقد روى أحمد : « أن رجلين من بنى عامر دخلا على عائشة فقالا : إن أبا هريرة قال : « الطيرة فى الفرس والمرأة والدار » فغضبت غضبا شديدا وقالت : « ما قاله » . وإنما قال : « إن أهل الجاهلية كانوا يتطيرون من ذلك » .

وقال ابن حجر : ولا معنى لإنكار ذلك على أبى هريرة مع موافقة من ذكرنا من الصحابة له فى ذلك . وقال ابن العربي : لأنه ﷺ لم يبعث ليخبر الناس عن معتقداتهم الماضية والحاصلة ، وإنما بعث ليعلمهم ما يلزمهم أن يعتقدوه [1] .

التسمية بما يتطير به :

٥ ـ ذهب الشافعية والحنابلة : إلى كراهية تسمية المولود بما يتطير بنفيه أو إثباته ، كبركة وغنيمة ، ونافع ، ويسار ، وحرب ، وقرة ، وشهاب وحمار ، لحديث سمرة ـ رضى الله عنه ـ قال : قال رسول الله ﷺ : « لا تسم غلامك يسارا ولا رباحا ولا نجيحا ، ولا أفلح فإنك تقول : أثم هو ، فلا يكون . فتقول : لا » [1] .

فربما كان طريقا إلى التشاؤم والتطير ، فالنهي يتناول ما يطرق إلى الطيرة إلا أن ذلك لا يحرم . لحديث عمر بن الخطاب ـ رضى الله عنه ـ : « أن الآذن على مشربة رسول الله ﷺ عبد يقال له : رباح [2]) . وانظر أيضا مصطلح (تسمية ف ١٢) .

---

(١) فتح الباري شرح صحيح البخارى (٦ / ٦١ ـ ط السلفية) ، شرح صحيح مسلم للنووي (١٤ / ٢١٨ ـ ٢٢٢) المطبعة المصرية ، سنن أبي داود مع شرحه للخطابي (٤/٢٣٦ ـ ٢٣٧ ـ ط عزت عبيد الدعاس) .

(١) حديث : « لا تسم غلامك يسارا » شطر من حديث أخرجه مسلم (٣ / ١٦٨٥ ـ ط الحلبى) من حديث سمرة بن جندب .

(٢) القليوبي ٤ / ٢٥٦ ـ ط الحلبى ، كشاف القناع ٣ / ٢٦ ـ ط الرياض . وحديث : «أن الآذن على .... » أخرجه البخاري (الفتح ٩ / ٢٧٨ ـ ٢٧٩ ـ ط السلفية) . ومسلم (٢ / ١١٠٥ ـ ١١٠٨ ـ ط الحلبي) واللفظ له من حديث عمر بن الخطاب .

شِبَع

التعريـف :

١ - الشبع : معروف لغة واصطلاحا [١].

الألفاظ ذات الصلة :

البطنـة :

٢ - البطنـة لغـة : الامتـلاء الشديـد مـن الطعـام [٢].

الأحكام المتعلقة بالشبع :

الأكل من الطعام الحلال فوق الشبع :

٣ - من آداب الأكـل الاعتـدال في الطعام وعدم ملء البطن ، وأكثر ما يسوغ في ذلك أن يجعـل المسلم بطنه أثلاثا : ثلثا للطعام وثلثا للشراب وثلثا للنفس لحديث: « ما ملأ آدمي وعاء شرا من بطنٍ ، بحسب ابن آدم أُكـلات يقمن صلبـه ، فإن كان لا محالـة

(١) مختـار الصحاح ومتن اللغة ولسان العرب مادة (شبع) وابن عابدين ٥ / ٢١٥

(٢) مختار الصحاح ومتن اللغة .

فثـلث لطعـامـه وثـلث لشرابـه وثـلث لِنَفَسِهِ » [١] . ولاعتدال الجسد وخفته ، لأنه يترتب على الشبـع ثقل البدن ، وهو يورث الكسل عن العبادة والعمل ، ويعرف الثلث بالاقتصار على ثلث ما كان يشبع به ، وقيل يعرف بالاقتصار على نصف المد ، واستظهر النفراوى الأول لاختلاف الناس . وهذا كله في حق من لا يضعفـه قلة الشبـع ، وإلا فالأفضـل في حقـه استعمال ما يحصل له به النشاط للعبادة ، واعتدال البـدن [٢].

وفي الـفتـاوى الهـندية : الأكـل على مراتب : فرض : وهـو ما ينـدفع به الهلاك فإن ترك الأكل والشرب حتى هلك فقد عصى .

ومأجور عليه ، وهو ما زاد عليه ليتمكن من الصلاة قائما ، ويسهل عليه الصوم .

ومباح ، وهو ما زاد على ذلك إلى الشبع لتزداد قوة البدن ولا أجر فيه ولا وزر ويحاسب عليه حسابا يسيرا إن كان من حل .

وحـرام ، وهو الأكل فوق الشبع إلا إذا

(١) حديث : « ما ملأ آدمي وعـاء شرا من بطن » أخرجه الترمذي (٤ / ٥٩٠ - ط الحلبي) من حديث المقدام ابن معدى يكرب وقال : « حديث حسن صحيح » .

(٢) الآداب الشرعية ٣ / ١٩٩ .

قصد به التقوِّي على صوم الغد ، أو لئلا يستحي الضيف فلا بأس بأكله فوق الشبع . [١]

وقال ابن الحاج : الأكل في نفسه على مراتب ، واجب ، ومندوب ، ومباح ، ومكروه . ومحرم . فالواجب : ما يقيم به صلبه لأداء فرض ربه ، لأن مالا يتوصل إلى الواجب إلا به فهو واجب .

والمندوب : ما يعينه على تحصيل النوافل وعلى تعلم العلم وغير ذلك من الطاعات .

والمباح : الشبع الشرعى . والمكروه : ما زاد على الشبع قليلا ولم يتضرر به ، والمحرم : البطنة . وهو الأكل الكثير المضر للبدن . [٢]

وقال النووى : يكره أن يأكل من الطعام الحلال فوق شبعه [٣] .

وقال الحنابلة : يجوز أكله كثيرا بحيث لا يؤذيه [٤] .

(١) الفتاوى الهندية ٥ / ٣٣٦ وانظر الآداب الشرعية لابن مفلح ٣ / ٢١٠

(٢) المدخل ١ / ٢١٢ .

(٣) روضة الطالبين ٣ / ٢٩١ .

(٤) الآداب الشرعية ٣ / ١٩٩ ، والفروع ٥ / ٣٠٢ .

وفي الفتية : يكره مع خوف تخمة . ونقل عن ابن تيمية كراهة الأكل المؤدي إلى التخمة كما نقل عنه تحريمه [١] .

شبع المضطر من الميتة :

٤ - إذا كانت الضرورة مرجوة الزوال ، فيباح للمضطر أن يأكل من الميتة ، ما يسد الرمق ويأمن معه الموت ، بإجماع الفقهاء ، ويحرم ما زاد على الشبع بالإجماع [٢] .

وإنما اختلفوا فى جواز الشبع على النحو الآتى :

ذهب الحنفية والحنابلة فى المذهب ، وابن حبيب وابن الماجشون من المالكية : إلى أن للمضطر أكل ما يسد الرمق فقط . وليس له الشبع لأنه بعد سد الرمق غير مضطر فلا يجوز له أكل الميتة كما لو أراد أن يبتدىء بالأكل وهو غير مضطر [٣] .

ويرى المالكية على المعتمد عندهم ، وأحمد فى إحدى الروايتين عنه - واختارها

(١) الفروع ٥ / ٣٠٢ ، الاختيارات ٢٤٥ .

(٢) المغني مع الشرح الكبير ١١ / ٧٣ ، ومغني المحتاج ٤ / ٣٠٧

(٣) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٩٥ تحقيق محمد مطيع الحافظ ، والمجموع ٩ / ٤٠ ، ٥٢ ، ومغني المحتاج ٤ / ٣٠٧ ، ومطالب أولي النهى ٦ / ٣١٨ ، وأحكام القرآن لابن العربي ١ / ٥٥

أبو بكر ـ أن المضطر يجوز له أكل الميتة حتى يشبع ، لأن الضرورة ترفع التحريم فيعود مباحا ، ومقدار الضرورة هو من حالة عدم القوت إلى حالة وجوده .

وذهب الشافعية إلى أن المضطر إن توقع حلالا قريبا لم يجز غير سد الرمق ، وإلا ففي قول : يشبع ، والأظهر سد الرمق إلا أن يخاف تلفا إن اقتصر على سد الرمق فتباح له الزيادة بل تلزمه لئلا يهلك نفسه .[1] وللتفصيل انظر : (أكل ، سد الرمق ، ضرورة) .



(١) الدسوقي ٢ / ١١٥ ، وأحكام القرآن لابن العربي ١ / ٥٥ ـ ٥٦ ، والمجموع ٩ / ٤٠ ، ومغني المحتاج ٤ / ٣٠٧ ، والمغني مع الشرح الكبير ١١ / ٧٣

شَبَه

التعريف :

١ ـ الشِبْه في اللغة : المثل . وكذلك الشَبَه والشبيه ، يقال : شبَّهه فلانا وبه مثله . وأشبه الشيء الشيء : صار شبيها به وماثله ، والمتشابه ما يشبه بعضه بعضا ، وجمع الشبه أشباه [1] .

ولا يخرج المعنى الفقهي عن المعنى اللغوى .

أما الأصوليون فاستعملوا الشّبه في معنى خاص فعرفه بعضهم : بأنه الوصف الذى لا يعقل مناسبته لحكم الأصل في القياس بالنظر إليه في ذاته ، وتظن فيه المناسبة لالتفات الشارع إليه في بعض المواضع [2] .

وعرفه آخرون : بأنه ما لا يكون مناسبا

(١) متن اللغة واللسان والمصباح المنير .

(٢) حاشية الشربيني على جمع الجوامع وشرحه ٢ / ٢٨٦ .

لذاته ، بل يوهم المناسبة . فهو بهذا المعنى مسلك من مسالك العلة .

يقول البنانى : والشبه كما يسمى به نفس المسلك يسمى به الوصف المشتمل عليه ذلك المسلك [١] وتخريج الحكم بهذا المسلك يسمى بقياس الشبه . مثال ذلك أن يقال في إزالة الخبث : هى طهارة تراد للصلاة فيتعين فيها الماء ولا تجوز بمائع آخر كطهارة الحدث ، فإن المناسبة بين كونها طهارة تراد للصلاة وبين تعيّن الماء غير ظاهرة ، فإن الحدث لا يمكن إزالته إلا بالتعبد وذلك بالماء ، وفي الخبث بإزالة عينه ، لكن إذا اجتمعت أوصاف : منها ما اعتبره الشارع ككونها طهارة تراد للصلاة ، ومنها ما ألغاه ككونها طهارة عن الخبث توهمنا من ذلك أن الوصف الذى اعتبره مناسب للحكم ، وأن فيه مصلحة [٢] .

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ المناسب :

٢ ـ المناسب : هو الملائم لأفعال العقلاء عادة ، كما يقال : هذه اللؤلؤة مناسبة بهذا اللؤلؤة بمعنى ، أن جمعها معها في سلك موافق لعادة العقلاء .

فمناسبة الوصف للحكم المترتب عليه موافقة لعادة العقلاء في ضم الشىء إلى ما يلائمه . وتخريج المناسبة يسمى بتخريج المناط أي : تعيين العلة بإبداء مناسبة بين المعيّن والحكم مع الاقتران بينهما ، كالإسكار في حديث : « كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام » [١] فهو لإزالته العقل مناسب للحرمة [٢] .

ب ـ الطرد والعكس والدوران :

٣ ـ الطرد : هو مقارنة الحكم للوصف من غير مناسبة ، كقول بعضهم في الخل : مائع لا تبنى القنطرة على جنسه فلا تزال به النجاسة كالدهن ، بخلاف الماء فتبنى القنطرة على جنسه فتزال به النجاسة ، فبناء القنطرة وعدمه لا مناسبة فيه للحكم أصلا ، وإن كان مطردا لا نقض عليه ، وأكثر الأصوليين على عدم إثبات الحكم به .

ومقابل الطرد هو العكس ، وهو انتفاء

(١) حاشية البناني على جمع الجوامع ٢ / ٢٨٧ .
(٢) مسلم الثبوت ٢ / ٣٠٢ ، وحاشية الشربيني على جمع الجوامع وشرحه ٢ / ٢٨٧ .

(١) حديث : « كل مسكر خمر ، وكل خمر حرام » أخرجه مسلم (٣ / ١٥٨٨ ـ ط الحلبي) من حديث ابن عمر .
(٢) جمع الجوامع مع الشرح ٢ / ٢٧٣ ـ ٢٧٤ .

الحكم لانتفاء الوصف والعلة . وبهذا ظهر أن الشبه منزلة بين المناسب والطرد ، فإنه يشبه الطرد من حيث أنه غير مناسب بالذات ويشبه المناسب بالذات من حيث التفات الشارع إليه في الجملة ، فيوهم المناسبة [١] .

والدوران : هو الطرد والعكس معا ، أى : كلما وجد الوصف وجد الحكم ، وكلما انتفى الوصف ، انتفى الحكم . وهذا المسلك من مسالك العلة في القياس نفاه الحنفية وبعض الشافعية كالغزالي والآمدي .
وأكثر الشافعية على أنه حجة ظنا أو قطعا على تفصيل وخلاف [٢] . (ر : دوران)

الحكم الإجمالي :

٤ ـ ذكر الفقهاء في بحث اللقيط ، أنه إذا ادعى نسب اللقيط اثنان أو أكثر ، ولم تكن لأحدهما بينة ، أو تعارضت فيه بينتان وسقطتا ، يعرض اللقيط على القافة . [٣]

(١) جمع الجوامع ٢ /٢٨٦ ، ٢٩١ - ٢٩٢ ، ٣٠٢ - ٣٠٥ .

(٢) مسلم الثبوت ٢ / ٣٠٢ .

(٣) القافة جمع قائف : وهو من يعرف النسب بالشبه ، ولا يختص بقوم ، لأن المراعى فيها إنما هو إدراك الشبه فكل من عرف ذلك وتكررت منه الإصابة فهو قائف . وقيل : هى مختصة ببني مدلج من العرب لأن لهم فى ذلك قوة ليست لغيرهم . (القليوبي ٤ / ٣٤٩ ، الزرقاني ٦ / ١١٠ ، والمغني ٥ / ٧٦٩ وما بعدها) .

وتعتمد القافة في معرفتها الأنساب بالشبه ، فيلحق اللقيط بمن ألحقته القافة به . وهذا عند الشافعية والحنابلة ، وهو قول أنس وعطاء ، والأوزاعي ، والليث ، وأبى ثور ، واستدلوا على الأخذ بقول القائف والاعتماد على الشبه بما ورد عن عائشة ـ رضى الله عنها ـ : « أن النبي ﷺ دخل عليها مسرورا تبرق أسارير وجهه فقال : « ألم تري أن مجززا المدلجى نظر آنفا إلى زيد وأسامة وقد غطيا رؤوسهما وبدت أقدامهما فقال : إن هذه الأقدام بعضها من بعض » [١] .

وقال الحنفية : يثبت نسب اللقيط من واحد بمجرد دعواه ، كما يثبت من اثنين مستويين إذا ادعياه معا . فلو سبق أحدهما فهو ابنه مالم يبرهن الآخر . ولم يأخذوا بالشبه وقول القافة لأنه مجرد ظن وتخمين ، فقد يوجد الشبه بين الأجانب أحيانا ، وينتفى بين الأقارب [٢] . وقد ورد عن النبى ﷺ « أن

(١) القليوبي وعميرة ٣ / ١٢٩ ، ٤ / ٣٤٩ ، والمغني ٥ / ٧٦٦ ، ٧٦٩ وما بعدها وحديث عائشة : « أن النبي ﷺ دخل عليها مسرورا » . أخرجه البخاري (الفتح ١٢ / ٥٦ ـ ط السلفية) ومسلم (٢ / ١٠٨٢ ط . الحلبي) واللفظ لمسلم .

(٢) ابن عابدين ٣ / ٣١٥ ، والمغني لابن قدامة ٥ / ٧٦٧ .

أعرابيا أتاه فقال : يا رسول الله إن امرأتي ولدت غلاما أسود ، فقال : « هل لك من إبل ؟ » قال : نعم ، قال : « ما ألوانها ؟ » قال حمر ، قال : « فهل فيها من أورق ؟ » قال : نعم ، قال : « فأنى كان ذلك ؟ » قال : أراه عرق نزعه ، قال : « فلعل ابنك هذا نزعه عرق » . (١)

وقال المالكية : لا يلحق نسب اللقيط بملتقطه ولا بغيره إلا ببينة أو قرينة دالة على دعواه ، ولم يذكروا فيه الأخذ بقول القائف والاعتماد على الشبه . لكنهم أخذوا بالشبه في مسائل منها : إذا ولدت زوجة رجل ، وأمة آخر واختلط الولدان ، ولم تعرف كل واحدة منهما ولدها ، عيَّنته القافة ، وتعتمد القافة فى معرفتها الأنساب بالشبه على أب حيّ أو ميت لم يدفن ، لا على شبه عصبة الأب المدفون . والمشهور عندهم ، أن يكفى قائف واحد . (٢) وتفصيل هذه المسائل فى مصطلحات (قافة ، لقطة ، نسب) .

٥ ـ ثانيا : قرر الأصوليون أنه لابد للحكم من علة ناطه بها الشرع ، رعاية للمصالح الدنيوية والأخروية ، كما أنه لا بد من طريق لإثبات العلية وهو المسلك . وهناك مسالك لتعيين العلة متفق عليها عندهم ، كالنص والإجماع ، والسبر ، والتقسيم ، والمناسبة ، مع تفصيل فيها . (١) ومسالك مختلف فيها ، كالشبه وقياسه ، والطرد والدوران ونحوها . وقد قرروا أنه ، إذا أمكن قياس العلة المشتمل على المناسب بالذات فالشبه لا اعتبار له ، ولا يصار إلى قياسه اتفاقا ، فإن تعددت العلة يتعذر المناسب بالذات ، بأن لم يوجد غير قياس الشبه ، فهو مردود أيضا عند الحنفية ، وهو قول الباقلاني وأبي بكر الصيرفي وأبي إسحاق الشيرازي من الشافعية ، وذلك لشبهه بالطرد .

وقال الشافعي : هو حجة لشبهه بالمناسب ، ومن الشافعية من قالوا : إن الشبه علة وليس بمسلك ، بل إن ثبت بمسلك من المسالك الأخر يقبل ، وإلا فلا

---

(١) حديث : « أن أعرابيا أتى النبي ﷺ فقال : يا رسول الله إن امرأتى ولدت غلاما أسود » .
أخرجه البخاري (الفتح ١٢ / ١٧٥ ـ ط السلفية) ومسلم (٢ / ١١٣٧ ـ ط . الحلبي) من حديث أبي هريرة .

(٢) جواهر الإكليل ٢ / ١٣٩ ، والزرقاني ٦ / ١١٠ ، والحطاب مع المواق ٥ / ٢٤٧ وحاشية الدسوقي ٣ / ٤١٧ ، وتبصرة الحكام ٢ / ١٠٨ ، ١٠٩ .

(١) مسلم الثبوت ٢ / ٢٩٤ ، ٢٩٥ وما بعدها .

وعليه ابن الحاجب من المالكية . [١]
وتفصيله فى الملحق الأصولي .



انظر : قتل شبه العمد



(١) مسلم الثبوت ٢ / ٣٠١ ، ٣٠٢ ، وجمع الجوامع مع الشرح ٢ / ٢٨٧ وما بعدها .

شُبْهة

التعريف :

١ ـ الشبهة لغة : من أشبه الشىء الشىء أى : ماثله في صفاته . والشَّبَه ، والشِّبْه ، والشبيه ، المثل . والجمع : أشباه ،والتشبيه التمثيل . والشبهة المأخذ الملبس والأمور المشتبهة أي : المشكلة لشبه بعضها ببعض [١] .

واصطلاحا هي : ما لم يتيقن كونه حراما أو حلالا . أو ما جهل تحليله على الحقيقة وتحريمه على الحقيقة . أو ما يشبه الثابت وليس بثابت . [٢]

ما تتناوله الشبهة عند العلماء :

٢ ـ فسر العلماء الشبهة بأربعة تفسيرات

الأول : ما تعارضت فيه الأدلة .

الثاني : ما اختلف فيه العلماء وهو متفرع من الأول .

(١) لسان العرب والمصباح المنير مادة (شبه) .
(٢) مصطلح (اشتباه) الموسوعة ٤ / ٢٩٠ .

الثالث : المكـــروه .

الرابع : المباح الذى تركه أولى من فعله باعتبار أمر خارج عن ذاته .

ويدل للتفسـير الأول والثاني ما جاء من حديث النعمان بن بشير ـ رضي الله عنه ـ عن رسـول الله ﷺ قال : « الحلال بين والحرام بيّن ، وبينهـما مشبهات لا يعلمها كثير من الناس ، فمن اتقى الشبهات ، استبرأ لدينه وعـرضـه ، ومن وقـع في الشبهات ، كراع يرعى حول الحمى يوشـك أن يواقعه ، ألا وإن لكـل ملك حمى ، ألا إن حمى الله فى أرضه محارمه ، ألا وإن في الجسد مضغة إذا صلحت صلح الجسـد كله ، وإذا فسدت فسد الجسد كله ، ألا وهي القلب »[1] .

ووجه الدليل قوله ﷺ : « لا يعلمها كثير من النـاس » وجـاء في رواية الـترمذي « لا يدرى كثير من الناس أمن الحلال هي أم من الحــرام » .

ومفهوم قوله : « كثير » أن معرفة حكمها ممكن للقليل من الناس وهم المجتهدون .

فالشبه تكون في حق غيرهم ممن لا يظهر لهم ترجيح أحد الدليلين ، أو معرفة الراجح من أقـوال العلماء . وما كان علي هذه الحال لا يقـال : إنه من الحلال البيّن ولا من الحرام البين،والمتبين:هو ما لا إشكال فيه وهو ما يدل عليه الحديث في قوله : « الحلال بين والحرام بين وبينهما مشبهات » .

ويدل للتفسير الثالث والرابع أن المكروه يتجاذبه جانبا الفعل والترك ، وكذلك المباح الذي لا يقصد به هنا ما استوى فيه الفعل والترك ، بل يقصد به ما كان خلاف الأولى ، بأن يكـون متساوي الـطرفـين باعتبار ذاته راجح الترك على الفعل ، باعتبار أمر خارج لأن من استكثـر من المكــروه اجـترأ على الحـرام ، ومن استكثر من المباح اجترأ على المكروه ، وقد يحمل اعتياد تعاطي المكروه وهو المنهي عنه غير المحرم على ارتكاب المنهي عنه المحرم إذا كان من جنسه .

ويدل له ما جاء في رواية ابن حبــان : « اجعلوا بينكم وبين الحرام سترة من الحلال من فعل استبرأ لعرضه ولدينه »[1] . والمعنى أن الحلال حيث يخشى أن يؤول فعله مطلقا

---

(١) حديث : « الحلال بيّن والحـرام بيّن . . . . » أخرجـه البخـاري (الفتـح ١ / ١٢٦ ـ ط السلفية) ومسلم (٣ / ١٢١٩ ـ ١٢٢٠ ـ ط الحـلبـي) والـترمـذي (٣ / ٥٠٢ ـ ط الحلبي) ، واللفظ للبخاري .

(١) حديث : « اجعلوا بينكم وبـين الحرام سترة . . . . . » أخرجه ابن حبان (الإحسان ٧ / ٤٣٧ ـ ط دار الكتب العلميــة) .

إلى مكروه أو محرم ، ينبغي اجتنابه كالإكثار من الطيبات ، فإنه يحوج إلى كثرة الاكتساب الموقع في أخذ ما لا يستحق أو يفضي إلى بطر النفس .

ويراجع كذلك مصطلحات : (إباحة ، حلال ، سد الذرائع) [1] .

أقسام الشبهة :

٣ - قسم الحنفية والشافعية الشبهة إلى ثلاثة أقسام : اتفقا في اثنين منها وانفرد كل مذهب بقسم ثالث .

فاتفق المذهبان في الشبهة الحكمية وشبهة الفاعل .

أما القسم الأول فهو الشبهة الحكمية : وتسمى شبهة المحل أى : الملك .

وسميت حكمية لأن حل المحل ثبت بحكم الشرع . أو شبهة حكم الشرع بحل المحل ، لأن نفس حكم الشرع ومحله لم يثبت وإنما الثابت شبهته لكون دليل الحل عارضه مانع . ومن أمثلتها : وطء معتدة الكنايات والوطء في الخلع الخالي عن المال . وسميت هذه الشبهة شبهة الملك لأن الشبهة واردة على كون المحل مملوكا .

أما القسم الثانى وهو شبهة الفعل : وتسمى شبهة اشتباه أى : شبهة في حق من حصل له اشتباه ، وذلك إذا ظن الحل . لأن الظن ، هو الشبهة لعدم دليل قائم تثبت به الشبهة . والفرق بين شبهة الفعل وشبهة المحل أن الشبهة في شبهة المحل جاءت من دليل حل المحل فلا حاجة فيه إلى ظن الحل .

ومن أمثلة شبهة الفعل : وطء معتدة الثلاث ، ووطء معتدة الطلاق على مال ، ووطء المختلعة على مال .

وانفرد الحنفية بقسم شبهة العقد : وهو ما وجد فيه صورة العقد لا حقيقته ومثلوا له بمن وطىء محرما عليه نكاحها بعقد . ولا توجب الحد عند أبي حنيفة ، وعند صاحبيه يوجبه إن علم الحرمة وعليه الفتوى .

وانفرد الشافعية بقسم شبهة الطريق ، أو شبهة اختلاف الفقهاء ، وهي الشبهة الناشئة عن اختلاف الفقهاء بأن يكون أحد المجتهدين قال بالحل . ومثلوا له بالوطء في نكاح بدون ولي . ويحتمل أن يكون هذا

---

(١) كشف الشبهات عن المشتبهات للشوكاني ص ٣ - ١١ نشر مكتبة الحرمين بالدمام ، فتح الباري ١ / ١٢٧ ، فتح المبين ص ١١٢ ، ١١٣

القسم داخلا في القسم الأول وهو ما أطلق عليه الحنفية (الشبهة الحكمية) [1] .

حكم تعاطي الشبهات :

٤ - ذهب الشافعية إلى حرمة تعاطى شبهة المحل ، ومثلوا لها بوطء الأمة المشتركة للإجماع على حرمته .

أما شبهة الفعل . فلا توصف بحل ولا بحرمة ، كمن وطىء امرأة يظنها حليلته لأنه فى حالة الغفلة عن الحقيقة غير مكلف اتفاقا ومن ثَمَّ حكي الإجماع على عدم إثمه ، وإذا انتفى التكليف . انتفى وصف فعله بالحل والحرمة ، وهذا محمل قولهم : وطء الشبهة لا يوصف بحل ولا حرمة .

أما شبهة الطريق فيختلف حكمها بحسب من قلد ، فإن قلد من قال بالتحريم حرمت ، وإلاَّ لم تحرم .

ومذهب الحنفية : حرمة تعاطي شبهة المحل ، إذا كان تحريمها مجمعا عليه كوطء المختلعة على مال ، حيث لم يختلف في أن الخلع على مال يقع بائنا ، وفيها مثل به الشافعية لحرمة تعاطي شبهة المحل من المجمع على حرمته ، وهو وطء الجارية المشتركة موافقة للحنفية . أما شبهة الفعل فيعتد بها شريطة أن يظن الحل ، كمن وطىء المختلعة على مال ظانا الحل .

أما شبهة العقد ؛ فالمفتى به عدم الاعتداد بها في إسقاط الحد ، وهو قول الصاحبين خلافا لأبي حنيفة .

وقد حضت الشريعة على تجنب الشبهات ووجوب الاستبراء منها ، لما فيه من الاحتياط في الدين . يدل له قوله ﷺ : « فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه » [1] وفي رواية : « فمن ترك ماشبه عليه من الإثم كان لما استبان أترك ومن اجترأ على ما يشك فيه من الإثم أوشك أن يواقع ما استبان » [2] .

وفي حديث النعمان بن بشير قسمت الأحكام إلى ثلاثة أقسام : الأول . الحلال البيّن ، والثانى . الحرام البيّن والثالث مشتبه لخفائه فلا يدرى هل هو حلال ؟ أو حرام ولذا ينبغي اجتنابه لأنه إن كان حراما فقد

---

(١) حاشية ابن عابدين ٣ / ١٥١ - ١٥٣ ، الإقناع ٢ / ٨١ ، تحفة المحتاج ٧ / ٣٠٤ ، الاختيار ٤ / ٩٠ .

(١) حديث : « فمن اتقى الشبهات استبرأ لدينه وعرضه » تقدم تخريجه ف ٢

(٢) رواية : « فمن ترك ما شبه عليه .... » أخرجه البخاري (الفتح ٤ / ٢٩٠ - ط السلفية) .

بريء من الوقوع فيه ، وإن كان حلالا فقد أجر لتركه الحلال بنية تجنب الوقوع في الحرام .

واجتناب الشبهات على مراتب :

٥ ـ الأولى : ما ينبغي اجتنابه لأن ارتكابه يستلزم ارتكاب الحرام وهو ما يكون أصله التحريم كالصيد للشكوك في حل اصطياده فإنه يحرم أكله قبل ذكاته فإذا شك فيه بقي على أصل التحريم حتى يتيقن الحل .

يدل لهذا حديث عدي بن حاتم ـ رضي الله عنه ـ قال : « سألت رسول الله ﷺ عن المعراض ، فقال : « إذا أصاب بحده فكل وإذا أصاب بعرضه فقتل فلا تأكل ، فإنه وقيذ ، قلت يا رسول الله : « أرسل كلبي وأسمي فأجد معه على الصيد كلبا آخر لم أسم عليه ولا أدرى أيهما أخذ ، قال : لا تأكل إنما سميت على كلبك ولم تسم على الآخر »[1] .

ويدل له كذلك حديث عقبة بن الحارث قال : « إن امرأة سوداء جاءت فزعمت أنها أرضعتهما فذكر للنبي ﷺ فأعرض عنه وتبسم النبي ﷺ قال : كيف وقد قيل ؟ وقد كانت تحته ابنة أبي إهاب التميمي »[1] . ووجه الدلالة من الحديث قوله ﷺ « كيف وقد قيل؟» مشعر بأنه أمره بفراق امرأته إنما كان لأجل قول المرأة إنها أرضعتهما فاحتمل أن يكون صحيحا فيرتكب الحرام فأمره بفراقها احتياطا .

الثانية : ما أصله الإباحة كالطهارة إذا استوفيت لا ترفع إلا بتيقن الحدث . يدل له حديث عبد الله بن زيد ـ رضي الله عنه ـ قال : « شكي إلى النبي ﷺ الرجل يجد في الصلاة شيئا أيقطع الصلاة ؟ قال : « لا . حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا »[2] . ومن أمثلته من له زوجة وشك هل طلق فلا عبرة لذلك وهى باقية على عصمته .

الثالثة : ما لا يتحقق أصله ويتردد بين الحظر والإباحة فالأولى تركه . يدل له حديث أنس ـ رضي الله عنه قال ـ : « مر النبي ﷺ بتمرة مسقوطة فقال : لولا أن تكون صدقة لأكلتها »[3] . وإنما ترك ﷺ أكلها تورعا

---

(١) حديث عدي بن حاتم : « سألت رسول الله ﷺ عن المعراض .... » أخرجه البخاري (الفتح ٤ / ٢٩٢ ـ ط السلفية) .

(١) حديث عقبة بن الحارث : « كيف وقد قيل .... » أخرجه البخاري (الفتح ٤ / ٢٩٢ ـ ط السلفية) .

(٢) حديث عبد الله بن زيد : « شُكى إلى النبي الرجل يجد فى ..... » أخرجه البخاري (الفتح ٤ / ٢٩٤ ـ ط السلفية) .

(٣) حديث أنس « مر النبي ﷺ بتمرة مسقوطة ..... » أخرجه البخارى (الفتح ٤ / ٢٩٣ ـ ط السلفية) .

وليس بواجب لأن الأصل أن كل شيء في بيت الإنسان على الإباحة حتى يقوم دليل على التحريم .

الرابعة : ما يندب اجتنابه . ومثاله عند بعض الفقهاء اجتناب معاملة من الأقل من ماله حرام .

الخامسة : ما يكره اجتنابه ومثاله : اجتناب الرخص الشرعية على سبيل التنطع . [1] ويراجع فيما يتعلق بمصطلح (شبهة) مصطلح « اشتباه » و « إباحة » و « تعارض » و « حلال » و « سد الذرائع » . وتنظر الأحكام المتعلقة ببحث الشبهة في أبواب « النكاح » والحدود والصيد والذبائح والبيوع .

شَتْم

انظر : سب

(١) حاشية ابن عابدين ٣ / ١٥١ ـ ١٥٣ ، الإقناع ٢ / ٨١ ، تحفة المحتاج ٧ / ٣٠٤ ، الاختيار ٤ / ٩٠ ، فتح المبين ١١٢ ـ ١١٣ ، فتح الباري ٤ / ٢٩٠ ـ ٢٩٥ ، مواهب الجليل ٢ / ٥٣٠ .

شِجاج

التعريف :

١ ـ الشجاج في اللغة : جمع شجة ، والشجة الجراحة في الوجه أو الرأس ، ولا تكون في غيرهما من الجسد . والشجج : أثر الشجة في الجبين [1] . ولا يخرج استعمال الفقهاء للفظ الشجاج عن المعنى اللغوى [2] .

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الجراحة :

٢ ـ الجراحة أعم من الشجة إذ الشجة ماكانت خاصة بالرأس أو الوجه ، أما الجراحة فتطلق على ماأصاب البدن من ضرب أوطعن في أى جزء سواء أكان في الرأس

(١) لسان العرب والمصباح المنير .
(٢) ابن عابدين ٣٧٢/٥ والبدائع ٢٩٦/٧ ، والدسوقي ٢٥٠/٤ ـ ٢٥١ ، ومغني المحتاج ٢٦/٤ .

أم في الوجه أم في غيرهما من أجزاء الجسم[1].

ب ـ الجناية على ما دون النفس :

٣ ـ الجناية على مادون النفس : كل فعل محرم وقع على الأطراف أو الأعضاء سواء أكان بالقطع ، أم بالجرح ، أم بإزالة المنافع

(ر: جناية على مادون النفس) .

فالجناية على مادون النفس أعم من الشجاج ، لأن الشجاج جناية على أجزاء خاصة من الجسم وهي الرأس والوجه .

أنواع الشجاج :

٤ ـ تتنوع الشجاج بحسب ماتحدثه في الجسم وهي عشرة أنواع أو أحد عشر نوعا مع اختلاف الفقهاء في تسمية بعض أنواع الشجاج وفي ترتيبها ، وبيان ذلك فيما يأتي :-

(١) الحارصة : وهي التى تحرص الجلد أى تخدشه ولا تخرج الدم وتسمى أيضا الخارصة .

(٢) الدامعة : وهي التى تظهر الدم ولا تسيله كالدمع في العين .

(٣) الدامية : وهي التي يسيل منها الدم ، وقيل : الدامية هي التي تدمي دون أن يسيل منها دم والدامعة هي التي يسيل منهاالدم .

ويسمي الحنابلة الدامية والدامعة : بازلة فهي عندهم شجة واحدة .

(٤) الباضعة : وهي التى تشق اللحم بعد الجلد شقا خفيفا .

(٥) المتلاحمة : وهي التى تغوص في اللحم فتذهب فيه أكثر مما تذهب الباضعة ولا تبلغ السمحاق .

(٦) السمحاق : وهي التي تصل إلى الجلدة الرقيقة التى بين اللحم والعظم ، وهذه الجلدة تسمى السمحاق ، فسميت الشجة باسمها لأنها تصل إليها .

(٧) الموضحة : وهي التى توضح العظم وتكشفه .

(٨) الهاشمة : وهي التى تهشم العظم وتكسره .

(٩) المنقلة : وهي التى تنقل العظم بعد كسره أى تحوله من موضع الى موضع .

(١٠) الآمة : وتسمى أيضا المأمومة وهي التى تصل إلى أم الدماغ وهي الجلدة الرقيقة

---

(١) لسان العرب والمصباح المنير والبدائع ٧/٢٩٦ .

التى تجمع الدماغ وتسمى خريطة الدماغ .

١١ - الدامغة : وهي التى تخرق الجلدة التى تجمع الدماغ وتصل إلى الدماغ .

ولا يعيش الإنسان معها غالبا ، ولذلك يستبعدها محمد من الحنفية من الشجاج لأنها تعتبر قتلا للنفس لاشجا . كذلك استبعد محمد الخارصة لأنه لايبقى لها أثر غالبا . هذه هي الشجاج عند جمهور الفقهاء .

والمالكية كالجمهور إلا أنهم سموا السمحاق (الملطاة) وعرفوها : بأنها هي التى قربت للعظم ولم تصل إليه وأطلقوا السمحاق على ما كشط الجلد وزاله عن محله .

وخالف المالكية الجمهور في ترتيب الشجاج فهي عندهم : الدامية ، فالخارصة ، فالسمحاق ، فالباضعة ، فالمتلاحمة ، فالملطاة ، فالموضحة ، فالمنقلة ، فالآمة ، فالدامغة [١] .

ما يتعلق بالشجاج من أحكام :

أولا - مايجب في الشجاج من قصاص أو أرش :

٥ - الجناية في الشجاج : إما أن تكون عمدا وإما أن تكون خطأ . فإن كانت الجناية خطأ ففيها قبل الموضحة من الشجاج حكومة عدل لأنه ليس فيها أرش مقدر ، ولا يمكن إهدارها فتجب الحكومة ، وهذا عند الحنفية والمالكية والحنابلة فى الصحيح ، وهو قول الشافعية إن لم تعرف نسبة الشجة من الموضحة ، فإن عرفت نسبة الشجة من الموضحة وجب قسط من أرشها بالنسبة ، وقيل يجب الأكثر من الحكومة والقسط من الموضحة ، لأنه وجد سبب كل منهما فإن استويا وجب أحدهما .

والقول بوجوب القسط من أرش الموضحة إن عرفت نسبة الشجة منها هو قول الكرخي من الحنفية ، وهو قول القاضي من الحنابلة ، واستبعده ابن قدامة .

ومقابل الصحيح عند الحنابلة ماذكره ابن قدامة رواية أخرى عن أحمد أن في الدامية بعيرا وفي الباضعة بعيرين وفي المتلاحمة ثلاثة أبعرة وفي السمحاق أربعة أبعرة ، لأن هذا يروى عن زيد بن ثابت - رضي الله عنه - ، وروى عن علي - رضي الله عنه - في السمحاق مثل ذلك ، رواه سعيد عنهما وعن عمر وعثمان - رضي الله تعالى عنهما - فيها

(١) ابن عابدين ٣٧٢/٥ ، البدائع ٢٩٦/٧ ، والدسوقي ٢٥١/٤ - ٢٥٢ ، ومغني المحتاج ٢٦/٤ وكشاف القناع ٥١/٦ - ٥٢ ، الزاهر ص ٣٦٢ - ٣٦٤ .

نصف أرش الموضحة ، قال ابن قدامة : والصحيح الأول (أى عدم التقدير فيما قبل الموضحة) لأنها جراحات لو يرد فيها توقيت في الشرع فكان الواجب فيها حكومة كجراحات البدن ، وروى عن مكحول قال : « قضى النبي ﷺ في الموضحة بخمس من الإبل ولم يقض فيما دونها » [1] .

هذا بالنسبة للخطأ في جناية الشجة التى قبل الموضحة ، فأما الخطأ في الموضحة وما بعدها من الشجاج ففيه أرش مقدر ، ففي الموضحة نصف عشر الدية وهو خمس من الإبل في الحر المسلم لما ورد في حديث عمرو بن حزم : « وفي الموضحة خمس من الإبل » [2] .

وقد ورد تفصيل ديات الشجاج في بحث (ديات) من الموسوعة الفقهية ٢١ / ٨٣ ف ٦٤ وما بعدها .

٦ ـ وإن كانت الجناية في الشجاج عمدا ، فإن كانت موضحة ففيها القصاص باتفاق الفقهاء لقوله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ [1] ولأنه يمكن الاستيفاء فيها بغير حيف ولا زيادة ، لأن لها حدا تنتهى إليه السكين وهو العظم ، وإن كانت الشجة فوق الموضحة كالمنقلة والآمة فلا قصاص فيها ، لأنه لايؤمن الزيادة والنقصان فيها فلا يوثق باستيفاء المثل من غير حيف بخلاف الموضحة ، وهذا عند الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة ، وإذا امتنع القصاص وجب الدية . لكن قال الشافعية والحنابلة إنه يجوز للمجني عليه جناية فوق الموضحة أن يقتص موضحة ، لأنه يقتص بعض حقه ، ويقتص من محل جنايته ، وإذا اقتص موضحة كان له أرش مازاد على الموضحة ، لأنه تعذر القصاص فيه فانتقل إلى البدل وهذا عند الشافعية وأبى حامد من الحنابلة ، واختار أبو بكر من الحنابلة أنه ليس له أرش مازاد على الموضحة ، لأنه جرح واحد فلا يجمع فيه بين قصاص ودية [2] .

وأما الشجاج التي قبل الموضحة كالدامية والباضعة والمتلاحمة ، فعند المالكية وفي ظاهر

---

(١) ابن عابدين ٥/٣٧٣ ، الزيلعى ٦/١٣٣ ، والفواكه الدواني ٢/٢٦٣ ، والدسوقي ٤/٢٧٠ ـ ٢٧١ ، ومغني المحتاج ٤/٥٩ ، كشاف القناع ٥/٥٥٨ و٦/٥٢ ، والمغني ٨/٥٥ ـ ٥٦ .

(٢) حديث : « في الموضحة خمس من الإبل » أخرجه النسائي (٨/٥٨ ـ ٥٩ ـ ط المكتبة التجارية) وخرجه ابن حجر في التلخيص (٤/١٧ ـ ١٨ ـ ط شركة الطباعة الفنية) وتكلم على أسانيده ، ونقل تصحيحه عن جماعة من العلماء .

(١) سورة المائدة / ٤٥

(٢) البدائع ٧/٣٠٩ وابن عابدين ٥/٣٧٣ والفواكه الدواني ٢/٢٦٤ ، والدسوقي ٤/٢٥١ ـ ٢٥٢ ، ومغني المحتاج ٤/٢٨ ، والمهذب ٢/١٧٩ ، والمغني ٧/٧١٠ .

الرواية عند الحنفية ، وفي قول عند الشافعية أنه يجب القصاص فيها لإمكان المساواة في القصاص بالوقوف على نسبة الشجة فيمكن استيفاء المثل . واستثنى من القول بالقصاص الحارصة عند الشافعية ، والسمحاق على ما جاء في الشرنبلالية من كتب الحنفية .

وعند الحنابلة وهو المذهب عند الشافعية أنه لاقصاص فيها دون الموضحة لعدم تيسر ضبطها واستيفاء المثل دون حيف ، ولأنه لاتقدير فيها فيجب فيها حكومة عدل كالخطأ ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه لاقصاص في الشجاج إلا في الموضحة والسمحاق إن أمكن القصاص في السمحاق .

وكذا روي عن النخعي أنه قال : مادون الموضحة خدوش ، وفيها حكومة عدل وكذا روي عن عمر بن عبد العزيز وعن الشعبي أنه قال : مادون الموضحة فيه أجرة الطبيب [١] .

(١) البدائع ٣٠٩/٧ ، وابن عابدين ٣٧٣/٥ ، والدسوقي ٢٥٠/٤ ـ ٢٥٢ ، ومغني المحتاج ٢٦/٤ ، والمغني ٧١٠/٧ .

ثانيا : وقت الحكم بالقصاص أو الدية في الشجاج :

٧ ـ ذهب جمهور الفقهاء ـ الحنفية والمالكية والحنابلة ـ إلى أن الحكم بالقصاص في جنايات الشجاج لايكون إلا بعد البرء لحديث جابر ـ رضي الله تعالى عنه ـ : أن رجلا جرح رجلا وأراد أن يستقيد ، فنهى النبي ﷺ أن يستقاد من الجارح حتى يبرأ المجروح . [١] ولأن الجرح يحتمل السراية فتصير قتلا فيتبين أنه استوفى غير حقه وهو قول أكثر أهل العلم ، منهم النخعي والثوري وإسحاق وأبو ثور وروي ذلك عن عطاء والحسن ، قال ابن المنذر : كل من نحفظ عنه من أهل العلم يرى الانتظار بالجرح حتى يبرأ .

لكن يتخرج في قول عند الحنابلة أنه يجوز الاقتصاص قبل البرء فإن اقتص المجني عليه قبل برء جرحه فسراية الجاني والمجني عليه هدر ، لحديث عمرو بن العاص : أن رجلا طعن رجلا بقرن في ركبته فجاء إلى النبي ﷺ فقال : أقدني ، فقال : حتى تبرأ ، ثم جاء

(١) حديث : « نهى النبي ﷺ أن يستقاد من الجارح حتى يبرأ المجروح »
أخرجه الدارقطني (٨٨/٣ ، ٨٩ ـ ط دار المحاسن) ورجح إرساله ولكنه يتقوى بالذى بعده .

إليه فقال : أقدني فأقاده ثم جاء فقال : يا رسول الله : عرجت فقال : قد نهيتك فعصيتني فأبعدك الله وبطل عرجك [١] .

والمذهب عند الشافعية هو أن يكون القصاص على الفور والتأخير أولى وهو المستحب لما ورد في الحديث السابق .

٨ ـ وهذا بالنسبة لوقت الحكم بالقصاص ، أما بالنسبة لوقت الحكم بالدية فعند المالكية والحنابلة وفي قول للشافعية : أن الحكم بالدية لايكون إلا بعد البرء أيضا كالقصاص ، لأن الأرش لايستقر قبل الاندمال ، لأنه قد يسرى إلى النفس ويدخل في دية النفس .

وعند الحنفية وهو القول الثاني للشافعية أنه يجوز أخذ الأرش قبل الاندمال كاستيفاء القصاص قبل الاندمال ، لأن الجناية إن اقتصرت فظاهر وإن سرت فقد أخذ بعض الدية فيأخذ الباقي [٢] .

(١) حديث « أن رجلا طعن رجلا بقرن .... » أخرجه أحمد (٢/٢١٧ ـ ط الميمنية) والبيهقي (٦٧/٨ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) ، وأعل بالإرسال ، ولكن ذكر ابن التركماني في الجوهر النقي (٦٧/٨ ـ بهامش السنن للبيهقي) مما يقويه ، ثم قال : « هذا أمر قد روي من عدة طرق يشد بعضها بعضا » .

(٢) الاختيار ٤٣/٥ ، والبدائع ٣١٠/٧ ـ ٣١١ وابن عابدين ٣٧٦/٥ ، وجواهر الإكليل ٢٦٣/٢ ، =

٩ ـ وإن سرت الجراحة فأدت إلى الموت فإن كانت الجناية عمدا ففيها القصاص فى النفس لأن الجرح لما سرى بطل حكم ما دون النفس ، وتبين أن الجرح وقع قتلا من حين وجوده ، ولولي الدم أن يقتله ، وليس له أن يفعل به مثل ما فعل وعند الشافعية يجوز للولي أن يفعل به مثل ما فعل فإن كانت الجناية موضحة فللولي أن يُوضِح رأس الجاني لقوله تعالى : ﴿ والجروح قصاص ﴾ [١] فإن مات فقد استوفى حقه ، وإن لم يمت قتله الولي بالسيف .

١٠ ـ وإن كانت الشجة خطأ فسرت إلى النفس ففيها دية النفس [٥] . وإن برئت الشجة ، فإن كانت عمدا فالقصاص فيما فيه القصاص ، والأرش المقدر أو حكومة العدل فيما لاقصاص فيه [٣] وإن كانت

= والدسوقي ٢٥٩/٤ ـ ٢٦٠ ، وأسهل المدارك ١٢٢/٣ ـ ١٢٣ ومغني المحتاج ٤٣/٤ ، ٦١ ، والمهذب ١٨٦/٢ ، وأسنى المطالب ٣٠/٤ ، ٣٨ ، وكشاف القناع ٥٦١/٥ و ٥١/٦ ، والمغني ٧٢٩/٧ ، وشرح منتهى الإرادات ٢٩٨/٣ .

(١) سورة المائدة / ٤٥

(٢) البدائع ٣٠٤/٧ ، ٣٢٠ ، والاختيار ٤٣/٥ ، وابن عابدين ٣٦١/٥ ، وأسهل المدارك ١٢٣/٣ ، والدسوقي ٢٦٠/٤ ، والمهذب ١٨٦/٢ ـ ١٨٧ وشرح منتهى الإرادات ٢٩٧/٣ ـ ٢٩٨ ، وكشاف القناع ٥٦١/٥ ، و٥١/٦ .

(٣) البدائع ٣٠٤/٧ ، ٣١٠ ـ ٣١١ ومنح الجليل ٣٧٠/٤ ـ ٣٨٤ ، ومغني المحتاج ٣٦/٤ ، والمغني ٧٠٦/٧ .

الشجة خطأ وبرئت على شين وعيب فيها ، ففيها المقدر من الأرش أو الحكومة على ماسبق بيانه ، وإن برئت على غير شين بأن التحمت ولم يبق لها أثر فعند المالكية ، والحنابلة إن كانت الشجاج مما قرر الشارع لها أرشا مقدرا كالموضحة وما فوقها ففيها ماقدره الشارع من الديات ، لأن النبي ﷺ بين هذه الديات في كتابه لعمرو ابن حزم ولم يفصل . أما ماقبل الموضحة وهي الشجاج التى ليس فيها شيء مقدر إذا برئت على غير شين فلا شيء فيها ، وذهب الشافعية في الأصح إلى أن فيها حكومة عدل وذلك بأن يعتبر أقرب نقص إلى الاندمال ، وقيل : يقدر القاضي النقص لئلا تخلو الجناية عن غرم التعزير .

أما عند الحنفية فقد قال أبو حنيفة : إن برئت الشجاج على غير شين بأن التحمت ولم يبق لها أثر فلا شيء فيها ، لأن الأرش إنما يجب بالشين الذى يلحق المشجوج بالأثر ، وقد زال فسقط الأرش .

وقال أبو يوسف : عليه حكومة الألم ، لأن الشجة قد تحققت ولا سبيل إلى إهدارها وقد تعذر إيجاب أرش الشجة فيجب أرش الألم ، وقال محمد : عليه أجرة الطبيب بسبب هذه الشجة ، فكأنه أتلف عليه هذا القدر من المال [١] .

وصرح الحنابلة وهو قول عند الشافعية بأنه يجب التعزير فيها لو برئت الجناية ولم يبق أثر .

وينظر تفصيل ذلك في مصطلحات (الجناية على مادون النفس - تداخل - ديات) .

ثالثا - كيفية استيفاء القصاص في الشجاج :

١١ - لاستيفاء القصاص في الشجة لابد من معرفة قدر الجرح بالمساحة طولا وعرضا ، فلو كانت الشجة موضحة (وهي الشجة التى اتفق الفقهاء على وجوب القصاص بها في العمد) فإنه يعرف قدرها بالمساحة طولا وعرضا دون النظر إلى كثافة اللحم ، لأن حد الموضحة العظم ، والناس يختلفون في قلة اللحم وكثرته [٢] .

(١) البدائع ٣١٦/٧ ، وابن عابدين ٣٧٩/٥ ، والزيلعي ١٣٨/٦ ، والدسوقي ٢٦٠/٤ ، والفواكه الدواني ٢٦٣/٢ ، وجواهر الإكليل ٢٦٧/٢ ، ومغني المحتاج ٦١/٤ ، ٧٨ ، وكشاف القناع ٥١/٦ ، ٥٨ ، وشرح منتهى الإرادات ٣٢٦/٣ - ٣٢٧ .

(٢) البدائع ٣٠٩/٧ ، ومغنى المحتاج ٣١/٤ - ٣٢ ، وكشاف القناع ٥٥٩/٥ والمغني ٧٠٥/٧ ، والفواكه الدواني ٢٦٣/٢ ، والدسوقي ٢٥١/٤ ، والمواق ٢٤٦/٦ .

وإن أوضح الجانى كل الرأس ، ورأس الجانى أكبر من رأس المجني عليه كان للمشجوج أن يقتص قدر شجته من أى جانب ولا يستوعب رأس الشاج لأن في الاستيعاب استيفاء الزيادة وفيه زيادة شين وهذا لا يجوز ـ لكن عند الحنفية يخير المشجوج بين هذا ، أى بين القصاص من الشاج حتى يبلغ مقدار شجته في الطول ثم يكف ، وبين العدول إلى الأرش ، لأنه وجد حقه ناقصا ، لأن الشجة الأولى وقعت مستوعبة ، والثانية لايمكن استيعابها فيثبت له الخيار ، فان شاء استوفى حقه ناقصا تشفيا للصدر ، وإن شاء عدل إلى الأرش [١] .

(١) البدائع ٣٠٩/٧ ، وكشاف القناع ٥٥٩/٥ ، ومغني المحتاج ٣٢/٤ .

شَجَر

التعريف :

١ ـ جاء في القاموس : الشجر من النبات ماقام على ساق أو ماسما بنفسه دق أو جل قاوم الشتاء أو عجز عنه . وفي المصباح الشجر النبات هو ماله ساق صلب يقوم به ، كالنخل وغيره ، والواحدة شجرة ، وتجمع أيضا على أشجار وشجرات [١] .

واستعمله الفقهاء فيما له ساق ، أو هو كل ماله ساق ولا يقطع أصله .

وعرفه الآبي المالكي في المساقاة بما كان ذا أصل ثابت تجنى ثمرته وتبقى أصوله [٢] .

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الزرع والنبات :

(١) المصباح المنير ولسان العرب ومتن اللغة .
(٢) ابن عابدين ٣٥/٤ ، ٢٨٣/٥ ، والقليوبي ١٤١/٢ ، وجواهر الإكليل ١٧٨/٢ .

٢ - النبات : اسم لما ينبت من الأرض ، والزرع ما استنبت من الأرض بالبذر ، قال بعضهم : ولا يسمى زرعا إلا وهو غض طري [١] . فالنبات أعم من الزرع والشجر .

ب - الكلأ :

الكلأ : العشب رطبا كان أو يابسا . قال ابن عابدين : هو ماينبسط وينشر لاساق له ، كالإذخر ونحوه ، والشجر ماله ساق [٢] .

الأحكام المتعلقة بالشجر :

أولا : قطع أشجار الحرم :

٣ - اتفق الفقهاء على تحريم قطع أو قلع نبات الحرم شجرا كان أو غيره ، إذا كان مما لايستنبته الناس عادة وهورطب [٣] . لقوله ﷺ : « لا يختلى خلاها ولا يعضد شجرها » [٤] .

(١) المصباح المنير .
(٢) المصباح المنير وابن عابدين ٥/٢٨٣ .
(٣) البدائع ٢/٢٠٠ وما بعدها ، والزيلعي ٢/٢٧٠ ، جواهر الإكليل ١/١٩٨ ، ١٩٩ ، والحطاب ٣/١٧٨ ، ومغني المحتاج ١/٥٢٧ ، والمغني لابن قدامة ٣/٣٥٠ وما بعدها .
(٤) حديث : « لايختلى خلاها ولا يعضد شجرها » أخرجه البخاري (الفتح ٤/٤٦ - ط الحلبي) ومسلم =

وتفصيل ذلك في مصطلح (حرم) .

ثانيا : دخول الشجر في بيع الأرض :

٤ - ذهب الحنفية والشافعية إلى أنه تدخل الأشجار في بيع الأرض ولو بلا ذكر ، مثمرة كانت أو لا ، صغيرة كانت أو كبيرة ، وهذا إذا كان رطبا ثابتا ، لا مقلوعا ولا يابسا لأن المقلوع واليابس يشبهان متاع الدار ، ومتاع الدار لايدخل في بيع الدار إلا بنص ، وإلى هذا ذهب المالكية أيضا إن لم يكن عرف بخلافه [١] .

وقال الحنابلة : تدخل الشجرة والبناء في بيع الأرض إذا باعها بحقوقها .

وإن لم يقل : بحقوقها ففي دخولها في بيع الأرض عندهم وجهان .

أما إذا قال : بعتك هذا البستان ، دخل فيه الشجر قطعا ، لأن البستان اسم للأرض والشجر والحائط . ولذلك لاتسمى الأرض المكشوفة بستانا [٢] .

= (٢/٩٨٦ - ٩٨٧ - ط . الحلبي) من حديث ابن عباس .
(١) ابن عابدين ٤/٣٥ ، الدسوقي ٣/١٧١ ، ونهاية المحتاج ٤/١١٦ ، ١١٧ ، والقليوبي ٢/٢٢٩ .
(٢) المغني لابن قدامة ٤/٨٦ ، ٨٧ . =

ولـلتفصيــل ينـظـر مصـطلــح : (بيــع ف ٣٧) .

ثالثا : الشفعة في الشجر :

٥ ـ يرى جمهور الفقهاء (الحنفية والشافعية والحنابلة) ـ أنه لاشفعة في البناء والشجر إذا بيعا بلا عرصة . ولو بيعت العرصة المملوكة مع ماعـليهـا من الأشجـار والأبنية تجري الشفعـة في الأشجـار والأبنية أيضـا تبعـا للعرصة . أى تثبت في البناء والشجر إذا بيعا مع ماحـولهما من الأرض ، فلو باع أشجارا ومغارسها فقط فلا شفعة فيها [1] .

وقال المالكية : تثبت الشفعة في عقار وهو الأرض ومـا اتصل بها من بناء وشجر ، ولو كان العقـار شجرا أو بناء مملوكا . فالشفعة عندهم فيما لم ينقسم بين الشركاء من الدور والأرضين والنخل والشجر وما يتصل بذلك من بنـاء وثمرة ، إذا كان قابلا للقسمة ولا شفعة فيما لايقبل القسمة . فإذا كانت نخلة بين رجلين فباع أحدهما حصته منها فلا شفعة لصاحبه فيها ، كما نقل عن الإمام مالك [1] .

ولتفصيــل الموضـوع ينظـر مصطلــح (شفعــة) .

رابعــا : حريـم الشجــر :

٦ ـ ذهب الحنفية إلى أن حريم الشجـر في الأرض المـوات خمسة أذرع من كل جهة ، حتـى لايملك غيره أن يغـرس شجـرا في حريمه ، لأنه يحتاج إلى الحريم لجذاذ ثمره ، وللوضــع فيه . وقـال بعضهم : الاعتبـار للحاجة لا للتقدير ، لأنه يختلف الحال بكبير الشجرة وصغيرها .

وعنـد المالكية يكون الحريم لكل شجرة بقـدر مصلحتهـا ، ويسأل عن كل شجرة أهل العلم .

ومثله ما ورد في كلام الشـافعية من أنـه يـرجـع فـي ذلـك إلـى أهـل الـعـرف (أهــل الاختصــاص) .

وقال الحنابلة : حريم الشجر ماتمد إليه

---

(١) مجلة الأحكـام العـدلية م (١٠٢٠) ، وابن عابـدين ٤٢١/٤ ، ١٣٤/٥ ، ١٦٣ ، الـزيلعي ٢٥٢/٥ ، نهاية المحتـاج ١٦٤/٥ ، مغني المحتـاج ٢٩٦/٢ ، ٢٩٧ ، ومطالب أولي النهى ١٠٨/٤ ، ١٠٩ .

(١) الشرح الـصـغـير ٦٣٤/٣ ، والحـطاب مع المـواق ٣١٨/٥ ، وجواهر الإكليل ١٥٨/٢ .

أغصانها حواليها ، وفي النخلة مد جريدها [١] .

وتفصيل ذلك في مصطلح : (حريم ف ١٠)

خامسا : المساقاة في الشجر :

٧ - المساقاة : هي أن يدفع شخص شجرا إلى آخر ليقوم بسقيه وعمل سائر مايحتاج إليه بجزء معلوم له من ثمره . فهي عقد على خدمة شجر بجزء من غلته .

وهي جائزة عند جمهور الفقهاء (المالكية والحنابلة ، وأبي يوسف ومحمد من الحنفية وهو القول القديم للشافعي) في كل شجر مثمر ، لما روى عبد الله بن عمر - رضي الله عنهما - قال : « عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر نخلها وأرضها بشطر ما يخرج منها من ثمر أو زرع » [٢] .

ولأن الحاجة داعية إليها ، لأن مالك الأشجار قد لايحسن تعهدها أو لايتفرغ له ، ومن يحسن التعهد ويتفرغ قد لايملك الأشجار ، فيحتاج ذلك إلى الاستعمال ، وهذا للعمل [١] .

والمراد بالشجر في باب المساقاة عند الفقهاء أن يكون له ساق وأن يكون مثمرا ، (وإن لم يشترط ذلك الشافعية في النخل) وما لا ساق له كالبطيخ ونحوه أو لايكون مثمرا كالتوت الذكر ونحوه لا تجوز فيه المساقاة .

وقال أبو حنيفة : المساقاة عقد فاسد ، لأنه استئجار بأجرة مجهولة معدومة واستئجار ببعض مايحصل من عمله ، كقفيز الطحان ، وذلك مفسد .

قال الموصلي : والفتوى على قولهما ، أى بالجواز ، لحاجة الناس ، وقد تعامل بها السلف .

وقال الشافعية في الجديد : لاتصح المساقاة إلا في النخل ، لأنها رخصة فتختص بما ورد فيه النص ، ويشترط فيه أن يكون

---

(١) الزيلعي ٦/٣٨ ، ابن عابدين ٥/٢٨٠ ، والمواق على هامش الحطاب ٦/٣ ، المهذب ١/٤٣١ ، المغني ٥/٥٩٥ .

(٢) حديث : « عامل رسول الله ﷺ أهل خيبر نخلها وأرضها بشطر مايخرج منها من ثمر أو زرع » .
أخرجه البخاري (الفتح ٥/١٠ - ط السلفية) .

(١) فتح القدير مع الهداية ٨/٣٩٩ وما بعدها ، وجواهر الإكليل ٢/١٧٨ ، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير ٣/٥٣٩ ، ومغني المحتاج ٢/٣٢٢ ، ٣٢٣ ، والمغني لابن قدامة ٥/٣٩١ وما بعدها ، ومطالب أولي النهى ٣/٥٥٥ .

مغـروسـا معيناً مرئيا . ومثل النخل العنب بجامع وجوب الزكاة فيهما [(١)] .

ولبيان سائر شروط المساقاة وأحكامها ينظر مصطلح : (مساقاة) .

التخلي تحت الشجر :

٨ ـ يكـره عنـد جمهـور الفقهـاء (الحنفية والمالكية والشافعية) التخلي تحت شجرة مثمـرة .

قال الشافعية : ولو مباحا وفي غير وقت الثمـرة ، صيانة لها عن التلوث عند الوقوع فتعـا فها الأنفس ، ولم يقولوا بالتحريم لأن التنجس غيرمتيقن .

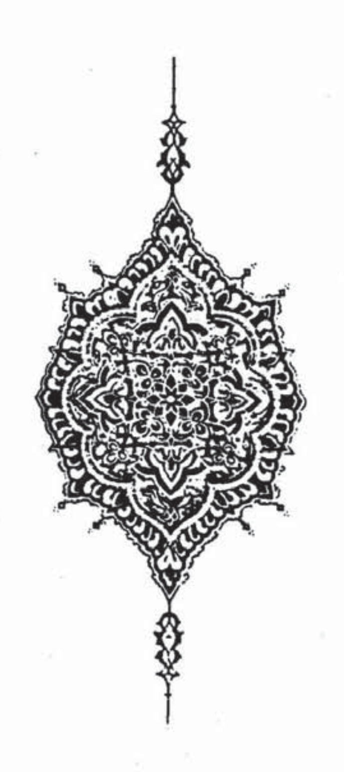
وزاد الحنفية والمالكية : أو في ظل ينتفع بالجلوس فيه أو ما من شأنه الاستظلال به .

و قال الحنابلة : يحرم التبول أو التغوط في ظل نافـع وتحت شجرة عليها ثمرة مقصودة مأكولة ، لأنه يفسدها وتعافها الأنفس . فأما في غير حال الثمرة فلا بأس [(٢)] .

وتفصيل ذلك في مصطلح : (قضاء الحاجة) .

شحاذة

انظر : سؤال



---

(١) الاختيار ٣/٧٥ ، مغنى المحتاج ٥/٣٢٣ .

(٢) الـفـتـاوى الهـنـدية ١/٥٠ ، وجـواهـر الإكـليل ١/١٧ ، ١٨ ، والحطاب مع المواق ١/٢٧٧ ، وأسنى المطالب ١/٤٧ ، وكشاف القناع ١/٦٤ ، ومطالب أولي النهى ١/٧٢ ، والمغني ١/١٦٥ .

شَحم

التعريف اللغوى :

١ ـ الشحم في الحيوان : هو جوهر السمن ، والعرب تسمي سنام البعير شحما وبياض البطن شحما . والجمع شحوم [١].

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن المعنى اللغوي .

والشحم عند أكثر الفقهاء : هو الذي يكون في الجوف من شحم الكلى أو غيره .

ويقول البعض : الشحم كل ما يذوب بالنار مما في الحيوان [٢]

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الدهن :

٢ ـ الدهن : ما يدهن به من زيت وغيره ، وجمعه دهان [٣].

(١) المصباح المنير ومتن اللغة ولسان العرب .
(٢) المغني ٨/٨١٠ وفتح القدير ٤/٣٩٩ ، ٤٠٠ نشر دار إحياء التراث العربى ، وحاشية الجمل ٥/٣٠٧ .
(٣) المصباح المنير.

والدهن أعم من الشحم لأنه يكون من الحيوان والنبات ، والشحم لايكون إلا من الحيوان [١].

ب ـ الدسم :

٣ ـ الدسم : هو الودك ، ويتناول الإلية والسنام وشحم البطن والظهر والجنب كما يتناول الدهن المأكول . فهو أعم من الشحم [٢].

الأحكام المتعلقة بالشحم :

٤ ـ شحم الحيوان المذكى حلال من أي مكان أخذ . وأما الحيوانات غير المأكولة كالخنزير فشحمها حرام كغيره . وكذلك يحرم أكل شحوم الميتة فلا تؤثر التذكية فيه .

أما الانتفاع بشحم الميتة فى غير الأكل فقد ذهب جمهور الفقهاء إلى عدم جوازه في شيء أصلا لحديث جابر بن عبد الله « إن الله ورسوله حرم بيع الخمر والميتة والخنزير والأصنام ، قيل : يا رسول الله أرأيت شحوم

(١) المعجم الوسيط مادة (دهن) .
(٢) لسان العرب وحاشية الجمل ٥/٣٠٧ ، ٣٠٨ .

الميتة فإنه يطلى بها السفن ويدهن بها الجلود ويستصبح بها الناس ؟ قال : لا . هو حرام »[1] .

ويرى الشافعية : جواز الانتفاع بشحم الميتة في طلي السفن والاستصباح بها وغير ذلك مما ليس بأكل ولا في بدن الآدمي . وبهذا قال أيضا عطاء بن أبي رباح ومحمد بن جرير الطبرى[2] ورأوا أن الضمير في (هو حرام) يرجع إلى البيع لا إلى مطلق الانتفاع .

وللتفصيل (ر : استصباح وميتة) .

شحوم ذبائح أهل الكتاب :

٥ ـ اختلف الفقهاء في شحوم ذبائح أهل الكتاب المحرمة عليهم في قوله تعالى : ﴿ وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذى ظفر . . . . ﴾ الآية ﴾[3] .

فذهب الحنفية والشافعية والحنابلة في المذهب ومالك في قول : إلى حل هذه الشحوم ويقولون : إنها حلال ليست مكروهة[1] .

واستدلوا بقوله تعالى : ﴿ وطعام الذين أوتوا الكتاب حل لكم ﴾[2] ، فقد أحل الله تعالى طعام أهل الكتاب وهو ذبائحهم لم يستثن منها شيئا لا شحما ولا غيره فدل على جواز أكل جميع الشحوم من ذبائحهم وذبائح المسلمين[3] .

وبحديث عبد الله بن مغفل أن جرابا من شحم يوم « خيبر » دلى من الحصن فأخذه عبد الله ابن مغفل وقال : « والله لا أعطى أحدا منه شيئا . فضحك رسول الله ﷺ وأقره على ذلك »[4] .

كما استدلوا بما ثبت أن يهودية أهدت لرسول الله ﷺ شاة فأكل منها ولم يحرم شحم بطنها ولا غيره[5] .

(١) صحيح مسلم بشرح النووى ١١/٦ والمغني ٨/٦١٠ وابن عابدين ٤/١١٤ ، والحطاب ١/١٢٠
وحديث : « إن الله حرم بيع الخمر والميتة . . . . . » أخرجه البخاري (الفتح ٤/٤٢٤ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/١٢٠٧ ـ ط الحلبي).

(٢) صحيح مسلم بشرح النووى ١٢/٦ وأسنى المطالب ١/٢٧٨ .

(٣) سورة الانعام /١٤٦

(١) المجموع ٩/٧١ والمغني ٨/٥٨٢ وكشاف القناع ٦/٢١١ ـ ٢١٢ والمنتقى ٣/١١٢ .

(٢) سورة المائدة /٥ .

(٣) المجموع ٩/٧١ .

(٤) احكام أهل الذمة ١/٢٥٩
وحديث عبد الله بن مغفل أن جرابا من شحم . . . . . أخرجه البخاري (الفتح ٩/٦٣٦ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/١٣٩٣ ـ ط الحلبي) بألفاظ متقاربة .

(٥) أحكام أهل الذمة ١/٢٥٩
وحديث أن يهودية أهدت لرسول الله ﷺ شاة . . . . . =

وذهب ابن القاسم وأشهب وأبو الحسن التميمي والقاضي من الحنابلة ـ وهو مروي عن مالك وحكاه التميمي عن الضحاك ومجاهد وسوار ـ إلى تحريم شحوم ذبائح أهل الكتاب [١] ، لأن الله سبحانه وتعالى أباح لنا طعام الذين أوتوا الكتاب ، والشحوم المحرمة عليهم ليست من طعامهم فلا تكون لنا مباحة [٢] .

وحكى القاضي أبو محمد عن مالك كراهة شحوم اليهود المحرمة عليهم وهي عنده مرتبة بين الحظر والإباحة [٣] .



= أخرجه البخاري (الفتح ٥/٢٣٠ ـ ط السلفية) .

(١) المنتقى ٣/١١٢ والمجموع ٩/٧١ والمغنى ٨/٥٨٣ وأحكام أهل الذمة ١/٢٥٨

(٢) أحكام أهل الذمة ١/٢٦٠ .

(٣) المنتقي ٣/١١٢ وأحكام أهل الذمة ١/٢٥٨ .

شُذوذ

التعريف :

١ ـ الشذوذ في اللغة مصدر شذ يشذ شذوذا إذا انفرد عن غيره .

والشاذ : المنفرد عن غيره ، أو الخارج عن الجماعة ، ومن الناس خلاف السوي ، وعن الليث : شذ الرجل : إذا انفرد عن أصحابه . وكذا كل شيء منفرد فهو شاذ [١] .

والشاذ في اصطلاح الحنفية والمالكية هو ما كان مقابلا للمشهور أو الراجح أو الصحيح ، أي : أنه الرأي المرجوح أو الضعيف أو الغريب . جاء في حاشية ابن عابدين : الأصح مقابل للصحيح ، والصحيح مقابل للضعيف ، لكن في حواشي الأشباه لبيري : ينبغي أن يقيد ذلك بالغالب ، لأنا

(١) لسان العرب والمعجم الوسيط والمصباح المنير .

وجدنا مقابل الأصح الرواية الشاذة كما في شرح المجمع [١].

وفي فتح العلي المالك : خروج المقلد من العمل بالمشهور إلى العمل بالشاذ الذى فيه رخصة من غير تتبع للرخص ، صحيح عند كل من قال بعدم لزوم تقليدأرجح [٢].

ولم نجد تعريفا له عند الشافعية ، ولم يعبر الحنابلة فيما نعلم بالشاذ ، فيشمله كلامهم عن الضعيف ومنعهم العمل به دون ترجيح .

قال النووى : قد يجزم نحو عشرة من المصنفين بشيء وهو شاذ بالنسبة إلى الراجح في المذهب ومخالف لما عليه الجمهور [٣].

أما الشاذ عند المحدثين فقد اختلفوا فيه فقال الشافعي : هو أن يروي الثقة حديثا يخالف ما روى الناس ، وليس من ذلك أن يروي ما لم يرو غيره ، وحكي ذلك عن جماعة من الحجازيين .

والذى عليه حفاظ الحديث أن الشاذ ما

(١) ابن عابدين ١/ ٥٠ .
(٢) فتح العلي المالك ١/ ٦١ - ٦٢ ، وينظر الخرشي ١/ ٣٥ - ٣٦ ، والعدوى عليه .
(٣) المجموع للنووي ١/ ٨٣ .

ليس له إلا إسناد واحد ، يشذ به ثقة أو غير ثقة ويتوقف فيما شذ به الثقة ولا يحتج به ويرد ما شذ به غير الثقة [١].

وينظر تفصيل ذلك في الملحق الأصولي .

ما يتعلق بالشاذ من أحكام :

٢ - العمل أو الفتيا أو القضاء بالقول الشاذ يختلف بالنسبة للمجتهد والمقلد والعامي .

أما المجتهد : فإنه لا يجوز له التقليد في الجملة . وإنما عليه النظر في الأدلة والترجيح بينها ، وسواء في ذلك العمل في حق نفسه أو في الإفتاء والقضاء [٢].

وينظر تفصيل ذلك في : (اجتهاد - تقليد - قضاء - فتوى) .

٣ - هذا بالنسبة للمجتهد المطلق ، أما

(١) الباعث الحثيث ص ٣٤ ط دار الفكر بيروت ، والمجموع للنووى١/ ١٠١ تحقيق المطيعي .
(٢) فتح القدير ٧/ ٣٠١ ، ٣٠٥ ، نشر دار الفكر بيروت ، والزيلعي وحاشية الشلبي ٤/ ١٨٩ - ١٩٠ ، وابن عابدين ٤/ ٣٢٩ - ٣٣٠ ، ومنح الجليل ٢/ ٥٨ ، والتبصرة بهامش فتح العلي ١/ ٥٦ - ٥٧ ، والقوانين الفقهية / ٢٩٢ ، والمجموع ١/ ٧٦ ، ومغني المحتاج ٤/ ٣٩٦ ، والمغني ٧/ ٢٧٤ - ٢٧٥ ، ٩/ ٥٢ ، ٥٦ ، ومطالب أولي النهى ٦/ ٤٧٨ ، وكشاف القناع ٦/ ٣١٥ ، والأشباه لابن نجيم ص ١٠٨ .

المجتهد في المذهب فعليه النظر والاجتهاد فيما ذهب إليه إمام المذهب وأصحابه فيعمل بما يراه أرجح أو أصح في نظره لقوة دليله ، ولو كان هذا الرأي شاذا مرجوعا عنه . ومن ذلك مثلا أن للشافعي قولين ، القديم والجديد ، والجديد هو الصحيح وعليه العمل ، لأن القديم إذا خالفه الجديد مرجوع عنه إلا ما استثني من القديم . وقد أفتى بعض فقهاء الشافعية بالقديم في بعض المسائل ، فلا يعتبر هذا مذهبا للشافعي وإنما يحمل على أن الذين أفتوا بالقديم أداهم اجتهادهم إليه لظهور دليله عندهم ، قال أبو عمرو بن الصلاح : فيكون اختيار أحدهم للقديم فيها من قبيل اختياره مذهب غير الشافعي إذا أداه اجتهاده إليه ، فإنه إن كان ذا اجتهاد ، اتبع اجتهاده ، وإن كان اجتهادا مقيداً مشوبا بتقليد ، نقل ذلك الشوب من التقليد عن ذلك الإمام ، وأن أفتى بيّن ذلك في فتواه ، قال النووي : من هو أهل للتخريج والاجتهاد في المذهب يلزمه اتباع ما اقتضاه الدليل في العمل والفتيا ، وأن يبين في فتواه أن هذا رأيه وأن مذهب الشافعي كذا وهو ما نص عليه في الجديد [١] .

وكذلك كان أصحاب أبي حنيفة يأخذون بما قوي دليله في نظرهم ولو كان مرجوعا عنه ، قال أبو يوسف : ما قلت قولا خالفت فيه أبا حنيفة إلا قولا قد كان قاله ، وروي عن زفر أنه قال : ما خالفت أبا حنيفة في شيء إلا قد قاله ثم رجع عنه ، قال ابن عابدين : فهذا إشارة إلى أنهم ما سلكوا طريق الخلاف بل قالوا ما قالوا عن اجتهاد ورأي [١] .

وقد ذكر الشيخ عليش : أن فائدة تدوين الأئمة للأقوال التى رجع عنها إمام المذهب أنه يصح أن يذهب إليها المجتهد أو من بلغ رتبة الترجيح ، وقد وجد ذلك لغير واحد من شيوخ أهل المذهب ، وفعله ابن القاسم في ثلاثة عشر موضعا من الكتاب ، وتلقاه بالقبول أشهب وسحنون [٢] .

٤ ـ وأما المقلد لمذهب من المذاهب ، فإن الأصل المتفق عليه في الجملة أن العمل أو الإفتاء أو القضاء إنما يكون بالقول المشهور أو الراجح أو الصحيح في المذهب دون القول الشاذ [٣] .

ذَكَرَ الشيخ عليش الخلاف بالنسبة

(١) المجموع ١/١١٣ ـ ١١٤ .

(١) ابن عابدين ١/٤٦ ، ٤٨ ، ٥٢ ـ ٥٣

(٢) فتح العلي المالك ١/ ٦٥ .

(٣) ابن عابدين ١/٥١ ـ ٥٢ ، ٤/٣٣٥

للمقلد ـ وهو من لم يبلغ درجة الاجتهاد والعامي ـ هل يجب عليهما التزام مذهب معين أو لا ؟ وهل يجوز الخروج منه أولا ؟ وهل يجوز له أن يقلد المفضول أو يجب عليه البحث عن الأرجح علما ؟ قال الشيخ عليش بعد ذلك : إذا عرفت هذا استبان لك أن خروج المقلد من العمل بالمشهور إلى العمل بالشاذ الذى فيه رخصة من غير تتبع للرخص صحيح عند كل من قال بعدم لزوم تقليد أرجح [1] .

وللفقهاء تفصيلات في ذلك ينظر مصطلح (اجتهاد وتقليد) .

وقال ابن أبي زيد لا يصح تخيير المقلد بل يتعين القول الراجح ، فإن تأهل للترجيح وجب الأرجح برجحان القائل ، بناء على أن المصيب في الاجتهاديات واحد ، وأن تقليد المفضول مع وجود الفاضل ممنوع وهذا القول تعضده القواعد الأصولية ، وعليه بنى حجة الإسلام الغزالي والإمام المازري ، وهذا هو الحق والتحقيق ، ومن سلك سبيلا غير ذلك في القضاء والفتيا ، فقد اتبع هواه وهلك في بينات الطريق ، فالعمل بالراجح متعين عند كل عالم متمكن ، وإذا اطلع المقلد على خلاف في مسألة تخصه وفيها قول راجح بشهرة أو عمل ، أو غيرهما تعين عليه العمل على الراجح ولا يفتى بغيره إلا لضرورة فادحة والتزام مفسدة واضحة [1] .

وقال أبو إسحق الشاطبي : المقلد أو المفتي لا يحل له أن يفتي إلا بالمشهور [2] .

وقال أبو الفضل قاسم العقباني : إن حكم القاضي بالشاذ ينظر في الحكم الذي عدل به عن المشهور إلى الشاذ فإن حكم به لمظنة أنه المشهور نقض حكمه ، وإن حكم به مع العلم بأنه الشاذ إلا أنه ترجح عنده فإن كان من أهل النظر ممن يدرك الراجح والمرجوح مضى حكمه ، وإن لم يكن من العلم بهذه المنزلة زجر عن موافقة مثل هذا أي : ولم يمض حكمه .

وقد كان المازري ـ وهو في طبقة المجتهدين ـ لا يخرج عن الفتوى بالمشهور ولا يرضى حمل الناس على خلافه ـ لكنه أفتى مرة بالشاذ وذلك في رواية الداودي عن مالك مع اعترافه بضعفها وشذوذها في مسألة استحقاق الأرض من يد الغاصب بعد

---

(١) فتح العلي المالك ١/٦٠ ـ ٦١ نشر دار المعرفة أو ١/٥١ ـ ٥٢ الطبعة التجارية .

(١) فتح العلي ١/٦٢ ـ ٦٣ نشر دار المعرفة .
(٢) فتح العلي ١/٥٥ ـ ٥٦ ، ٦٤ ـ ٦٥ .

الزراعة ، وخروج الأبان وخالف المعهود من عادته من الوقوف مع المشهور وما عليه الجماعة والجمهور للتشديد على الظلمة والمتعدين من أهل البغي والفساد ، وهو مألوف في الشرع وقواعد المذهب [١] .

٥ ـ وقال السبكي : إذا كان للحاكم أهلية الترجيح ورجح قولا منقولا بدليل جيد ، جاز ونفذ حكمه وإن كان مرجوحا عند أكثر الأصحاب ما لم يخرج عن مذهبه ، وليس له أن يحكم بالشاذ الغريب في مذهبه ـ أى على أنه من المذهب ـ وإن ترجح عنده ، لأنه كالخارج عن مذهبه ، فلو حكم بقول خارج عن مذهبه ، وقد ظهر له رجحانه ، فإن لم يشرط عليه الإمام في التولية التزام مذهب جاز ، وإن شرط عليه باللفظ أو العرف لم يصح ، لأن التولية لم تشمله [٢] .

وقال الحنابلة : لا يجوز لمن انتسب لمذهب إمام معين أن يتخير في مسألة ذات قولين لإمامه أو وجهين لأحد من أصحابه فيفتي أو يحكم بحسب ما يختاره منهما ، بل عليه أن ينظر أيهما أقرب من الأدلة أو قواعد مذهبه فيعمل به لقوته [١] .

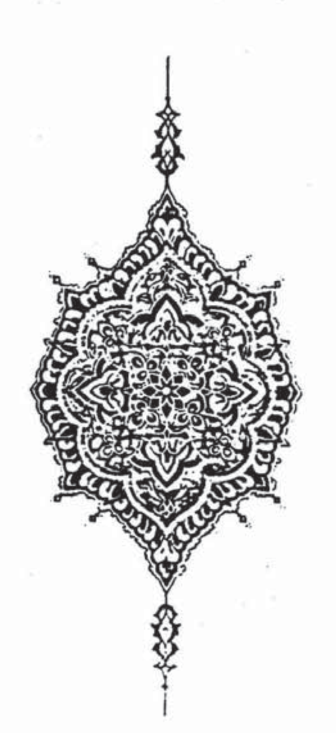
(١) فتح العلي المالك ١/ ٦٤ ـ ٦٥ ط مصطفى محمد .

(٢) الأشباه للسيوطي ص ١٠٤ ـ ١٠٥ ـ ط دار الكتب العلمية .

(١) شرح منتهى الإرادات ٣/ ٤٥٨ ، ومطالب أولي النهى ٦/ ٤٤٧ .

شِراء

انظر : بيع



شُــرب

التعريـف :

١ - الشرب - بالضم - لغة : تناول كل مائع ماء كان أو غيره [١].

ويستعمل الفقهاء هذا اللفظ بنفس المعنى اللغوي .

الحكـم التكليفـي :

٢ - الأصل جواز شرب المشروبات كلها إلا ما قامت دلالة تحريمه [٢].

وإذا كان ترك الشرب يتلف نفس الإنسان أو بعض أعضائه أو يضعفه عن أداء الواجبات فواجب عليه أن يشرب ما يزول معه خوف الضرر [٣].

وقال القرطبي : أما ما تدعو الحاجة إليه

(١) المفردات للراغب الأصفهاني ، والتعريفات للجرجاني ، وطلبة الطلبة ص ٣١٩ نشر دار القلم .

(٢) الجصاص ٣/٤١ ط المطبعة البهية المصرية .

(٣) الجصاص ٣/٤١ ، وابن عابدين ٥/٢١٥ .

وهو ما سكن الظمأ فمندوب إليه عقلاً وشرعاً لما فيه من حفظ النفس وحراسة الحواس [١].

وقال الجصاص : أما الحال التي لا يخاف الإنسان ضرراً فيها بترك الشرب فالشرب مباح [٢].

وقـد اختلف في شرب الـزائـد على قدر الحـاجـة على قولـين : فقيل حرام . وقيل مكروه .

قال ابن العربي : وهو الصحيح [٣].

آداب الشـــرب :

١) التسمية على الشرب :

٣ - تستحب التسمية في أول الشرب .

قال صاحـب غاية المـنـتـهـى : يسمي الشارب عند كل ابتداء ويحمد عند كل قطع .

وقال العلماء : يستحب أن يجهر بالتسمية ليسمع غيره وينبهه عليها . ولو ترك التسمية فى أول الشرب عامداً أو ناسياً أو جاهلاً أو مكرهاً أو عاجزاً لعارض آخر ، ثم تمكن أثناء شربـه أو بعـده منهـا ، يستحب أن يسمي

(١) القرطبي ٧/١٩١ .

(٢) الجصاص ٣/٤١ .

(٣) القرطبي ٧/١٩١ وابن العربي ٢/٧٧١ .

ويقول : « بسم الله أوله وآخره» لقوله ﷺ : «إذا أكل أحدكم فليذكر اسم الله فإن نسي أن يذكر الله في أوله فليقل بسم الله أوله وآخره [١]» .

وتحصل التسمية بقوله : «بسم الله » فإن قال : « بسم الله الرحمن الرحيم » كان حسنا [٢] .

(٢) الشــرب باليميــن :

٤ ـ يستحب الشرب باليمين ، ويكره الشرب بالشمال إذا لم يكن عذر لخبر « إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه ، وإذا شرب فليشرب بيمينه ، فإن الشيطان يأكل بشماله ويشرب بشماله » [٣] . فإن كان عذر يمنع الشرب باليمين من مرض أو جراحة أو غير ذلك فلا كراهة في الشمال [٤] .

(١) حديث : «إذا أكل أحدكم فليذكر اسم الله» أخرجه أبوداود (٤/ ١٤٠ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) والترمذي (٤/ ٢٨٨ ـ ط الحلبي) من حديث عائشة ، وقال الترمذي : (حديث حسن صحيح) .

(٢) صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/ ١٨٩ والمنتقى ٥/ ١٣٥ والشرح الصغير ٤/ ٧٥٠ ، ومطالب أولي النهى ٥/ ٢٤١ ، ٢٤٤ والآداب الشرعية لابن مفلح ٣/ ١٧٨ ـ ١٧٩ .

(٣) حديث : «إذا أكل أحدكم فليأكل بيمينه . . .» . أخرجه مسلم (٣/ ١٥٩٨ ـ ط الحلبي) من حديث ابن عمر .

(٤) صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/ ١٩١ ـ ١٩٢ ، =

(٣) الشــرب ثلاثــة أنفــاس :

٥ ـ السنة : أن يشرب الماء في ثلاثة أنفاس ، فقد ورد من حديث أنس ـ رضي الله عنه ـ : «أن النبي ﷺ كان يتنفس في الإناء ثلاثاً » وفي لفظ « كان يتنفس ثلاثاً ، ويقول : إنه أروى وأبرأ وأمرأ » [١] . ومعنى أروى أي : أكثر ريا ، وأبرأ أي : أسلم من مرض أو أذى يحصل بسبب الشرب في نفس واحد ، وأمرأ أي أكمل انسيا غا .

قال الشوكاني في تعليقه على الحديث : هذه الأمور الثلاثة إنما تحصل بأن يشرب ثلاثة أنفاس خارج القدح [٢] .

ثم اختلف العلماء في الشرب بنفس واحد فروي عن ابن المسيب وعطاء بن أبي رباح أنهما أجازاه بنفس واحد . وروي عن ابن عباس وطاوس وعكرمة كراهة الشرب بنفس واحد ، وقال ابن عباس هو شرب الشيطان [٣] .

= والشرح الصغير ٤/ ٧٥٥ ، ومطالب أولي النهى ٥/ ٢٤٩ .

(١) حديث : «كان يتنفس في الإناء ثلاثاً» . أخرجه البخاري (الفتح ١٠/ ٩٢ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/ ١٦٠٢ ـ ١٦٠٣ ـ ط الحلبي) ، وقوله : « إنه أروى وأبرأ وأمرأ » تفرد به مسلم .

(٢) عمدة القارى ٢/ ٢٩٥ ، نيل الأوطار ٨/ ١٩٢ ـ ط العثمانية .

(٣) عمدة القاري ٢١/ ٢٠١ .

(٤) عدم التنفس في الإناء :

٦ ـ يندب إبعاد القدح حين التنفس حالة الشرب ، ويكره التنفس في الإناء كما يكره النفخ فيه ، لحديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ نهى أن يتنفس في الإناء أو ينفخ فيه [١] .

قال أبو الوليد الباجي : في حكمة النهي عن النفخ في الإناء : نهى ﷺ عن النفخ في الشراب حملاً لأمته على مكارم الأخلاق ، لأن النافخ في آنية الماء يجوز أن يقع من ريقه فيها شيء مع النفخ فيتقذره الناظر ويفسده عليه [٢] .

وقال الشوكاني : النهي عن التنفس في (الإناء) الذي يشرب منه لئلا يخرج من الفم بزاق يستقذره من شرب بعده منه ، أو تحصل فيه رائحة كريهة تتعلق بالماء أو بالإناء [٣] .

(٥) عدم الشرب قائماً :

٧ ـ كان من هديه ﷺ الشرب قاعداً ، هذا كان هديه المعتاد ، وصح عنه أنه نهى عن الشرب قائماً ، [١] وصح عنه أنه أمر الذي شرب قائماً أن يستقيء [٢] ، وصح عنه أنه شرب قائماً [٣] .

قال النووي : الصواب أن النهي محمول على كراهة التنزيه . أما شربه ﷺ قائماً فبيانٌ للجواز، فلا إشكال ولاتعارض . وهذا الذى ذكرناه يتعين المصير إليه .

ثم قال : فإن قيل كيف يكون الشرب قائماً مكروهاً وقد فعله النبي ﷺ ؟ فالجواب أن فعله ﷺ إذا كان بيانا للجواز لا يكون مكروها بل البيان واجب عليه ﷺ .

وقد ثبت أنه ﷺ توضأ مرة مرة ، وطاف على بعير ، مع أن الإجماع على أن الوضوء ثلاثاً ثلاثاً والطواف ماشياً أكمل . ونظائر هذا غير منحصرة ، فكان ﷺ ينبه على جواز الشيء مرة أو مرات ويواظب على الأفضل

---

(١) حديث : «نهى أن يتنفس في الإناء» .
أخرجه الترمذي (٤/٣٠٤ ـ ط الحلبي) وقال : (حديث حسن صحيح) .

(٢) المنتقى ٧/٢٣٦ ، وانظر الآداب الشرعية ٣/١٨٠ ومطالب أولي النهى ٥/٢٤٨ .

(٣) الشرح الصغير ٤/٧٥٤ ، ٧٥٥ ، ونيل الأوطار ٨/١٩٢ .

---

(١) حديث : «نهى عن الشرب قائماً» .
أخرجه مسلم (٣/١٦٠٠ ـ ط الحلبي) من حديث أنس .

(٢) حديث : «أمر الذى شرب قائماً أن يستقيء» .
أخرجه مسلم (٣/١٦٠١ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة .

(٣) حديث : «صح عنه أنه شرب قائماً» .
أخرجه البخاري (الفتح ١٠/٨١ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/١٦٠١ ـ ط الحلبي) من حديث ابن عباس .

منه . وهكذا كان أكثر وضوئه ﷺ ثلاثاً ثلاثاً والطواف ماشياً وأكثر شربه جالساً .

وقال النووي في الروضة تبعاً للرافعي : لا يكره الشرب قائماً . وأضاف : والمختار أن الشرب قائماً بلا عذر خلاف الأولى للأحاديث الصريحة بالنهي عنه في صحيح مسلم . وقد ضعف بعض المالكية أحاديث النهي وقيل إنها منسوخة [١] .

(٦) مص الماء :

٨ ـ يندب مصّ الماء ويكره عبّه لقوله ﷺ : «إذا شرب أحدكم فليمص مصا ولا يعب عبا فإن الكباد من العب» [٢] .

والكباد وجع الكبد ، ومثل الماء كل مائع كاللبن [٣] .

وقال الرحيباني : يعب اللبن لأنه طعام [٤] .

(١) صحيح مسلم بشرح النووي ١٣/١٩٥ ، روضة الطالبين ٧/٣٤٠ ، وعمدة القاري ٢١/١٩٣ ، وزاد المعاد ٤/٢٢٩ .
(٢) حديث : «إذا شرب أحدكم فليمص مصا . . .» .
أخرجه عبد الرزاق (١٠/٤٢٨ ـ ط المجلس العلمي) وعنه البيهقي (٧/٢٨٤ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث ابن أبي حسين مرسلا ، وكذا أعله البيهقي بالإرسال .
(٣) الآداب الشرعية لابن مفلح ٣/١٨٠ ، والشرح الصغير ٤/٧٥٤ .
(٤) مطالب أولي النهى ٥/٢٤٣ .

(٧) تقليل الشراب :

٩ ـ يطلب تخفيف المعدة بتقليل الطعام والشراب على قدر لا يترتب عليه ضرر ولا كسل عن العبادة [١] .

قال ابن مفلح : اعلم أنه متى بالغ في تقليل الغذاء أو الشراب فأضر ببدنه أو شيء منه ، أو قصر عن فعل واجب لحق الله أو لحق آدمي ، كالتكسب لمن يلزمه مؤنته ، فإن ذلك محرم وإلا كره ذلك إذا خرج عن الأمر الشرعي [٢] .

(٨) الشرب من فم السقاء :

١٠ ـ يكره الشرب من فم السقاء ، وكذا اختناث الأسقية ، لحديث ابن عباس ـ رضي الله عنهما ـ : « نهى رسول الله ﷺ عن الشرب من في السقاء » [٣] . وحديث أبي سعيد الخدري ـ رضي الله عنه ـ : « نهى رسول الله ﷺ عن اختناث الأسقية » [٤]

(١) الشرح الصغير ٤/٧٥٢ ، ٧٥٣ .
(٢) الآداب الشرعية ٣/٢٠٠ .
(٣) حديث : «نهى عن الشراب من فيّ السقاء» .
أخرجه البخاري (الفتح ١٠/٩٠ ـ ط السلفية) .
(٤) حديث : «نهى عن اختناث الأسقية» .
أخرجه البخاري (الفتح ١٠/٨٩ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/١٦٠٠ ـ ط الحلبي) .

يعني أن تكسر أفواهها فيشرب منها [١] .

ويرى جمهور الفقهاء : أن الكراهة هنا للتنزيه ، لا للتحريم . ونقل النووي الاتفاق على هذا [٢] . وهناك أحاديث تدل على جواز الشرب من فم السقاء . قال العراقي في الجمع بين الأحاديث التي تدل على الجواز وبين الأحاديث التي تدل على المنع : إنه لو فرق بين ما يكون لعذر كأن تكون القربة معلقة ولم يجد المحتاج إلى الشرب إناء متيسراً ولم يتمكن من التناول بكفه فلا كراهة حينئذ ، وعلى هذا تحمل الأحاديث التي تدل على جواز الشرب من في السقاء ، وبين ما يكون لغير عذر فتحمل عليه أحاديث النهي [٣] .

وقيل : لم يرد حديث من الأحاديث التى تدل على الجواز إلا بفعله ﷺ وأحاديث النهي كلها من قوله فهي أرجح [٤] .

ووجه الحكمة في النهي ما قاله البعض من أنه لا يُؤمن من دخول شيء من الهوام مع الماء في جوف السقاء ، فيدخل فم الشارب ولا يدري . فعلى هذا لو ملأ السقاء وهو يشاهد الماء الذي يدخل فيه ثم ربطه ربطا محكما ، ثم لما أراد أن يشرب حله فشرب منه لايتناوله النهي ، وقيل ما ورد من حديث عائشة - رضي الله عنها - بلفظ : «نهى أن يشرب من في السقاء لأن ذلك ينتنه» [١] وهذا عام . وقيل إن الذي يشرب من فيّ السقاء قد يغلبه الماء فينصب منه أكثر من حاجته فلا يأمن أن يشرق به أو تبتل ثيابه [٢] .

(٩) الشرب من ثلمة الإناء :

١١ - يكره الشرب من ثلمة الإناء لحديث أبي سعيد الخدري - رضي الله عنه - : « نهى رسول الله ﷺ عن الشرب من ثلمة القدح وأن ينفخ في الشراب » [٣] .

قال الخطابي : إنما نهى عن الشرب من ثلمة القدح لأنه إذا شرب منها تصبب الماء ،

---

(١) مطالب أولي النهى ٥/٢٤٨ ، والآداب الشرعية ٣/١٨٢ ، وروضة الطالبين ٧/٣٤٠ .
(٢) عمدة القاري ٢١/١٩٩ .
(٣) نيل الأوطار ٨/١٩٧ - ط العثمانية .
(٤) عمدة القاري ٢١/١٩٩ .

---

(١) حديث : « نهى أن يشرب من فيّ السقاء ، لأن ذلك ينتنه» .
أخرجه الحاكم (٤/١٤٠ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث عائشة وقواه ابن حجر في الفتح (١٠/٩١- ط السلفية) .
(٢) عمدة القاري ٢١/١٩٩ - ٢٠٠ ، والآداب الشرعية ٣/١٨٢ .
(٣) حديث : «نهى عن الشرب من ثلمة القدح» .
أخرجه أبو داود (٤/١١١ - تحقيق عزت عبيد دعاس) ، وإسناده حسن لغيره ، وله شواهد ذكرها الهيثمي في المجمع (٥/٧٨ - ط القدسي) .

وسال قطره على وجهه وثوبه ، لأن الثلمة لا تتماسك عليها شفة الشارب ، كما تتماسك على الموضع الصحيح من الكوز والقدح [١] .

١٠ ـ الحمد عقب الشرب :

١٢ ـ يسن للشارب أن يحمد الله عقب الشرب [٢]. لما ورد أن رسول الله ﷺ قال : «إن الله ليرضى عن العبد أن يأكل الأكلة فيحمده عليها ، أو يشرب الشربة فيحمده عليها» [٣] .

وروى أبو داود من حديث أبي أيوب أن النبي ﷺ كان إذا أكل أو شرب قال : «الحمد لله الذى أطعم وسقى وسوغه وجعل له مخرجا» [٤] .

وعن أبي سعيد الخدري ـ رضي الله عنه ـ أن النبى ﷺ كان إذا فرغ من طعامه قال : «الحمد لله الذى أطعمنا وسقانا وجعلنا مسلمين» [١] .

قال زكريا الأنصاري : « يندب أن يشرب في ثلاثة أنفاس ، بالتسمية في أوائلها وبالحمد في أواخرها » [٢] .

(١١) التيامن في مناولة الشراب :

١٣ ـ يسن التيامن في مناولة الشراب والطعام وما جرى مجراهما . قال الرحيبانى : إذا شرب لبنا أو غيره سن أن يناول الأيمن ولو صغيراً أو مفضولاً ، ويتوجه أن يستأذنه في مناولته الأكبر فإن لم يأذن ناوله له [٣] .

فقد ورد من حديث أنس بن مالك أن رسول الله ﷺ أتي بلبن قد شيب بماء ، وعن يمينه أعرابي وعن شماله أبوبكر ، فشرب ثم أعطى الأعرابي وقال : «الأيمن الأيمن» [٤] . ومن حديث سهل بن سعد الأنصاري :

---

(١) الآداب الشرعية ١٨٣/٣ ومطالب أولي النهى ٢٤٨/٥ ، ومعالم السنن للخطابي ٢٧٤/٤ ـ ط المطبعة العلمية بحلب .

(٢) الفتوحات الربانية ٢٢٨/٥ ، ٢٢٩ ، والإقناع للشربيني الخطيب ٢٣٩/٢ .

(٣) حديث : «إن الله ليرضى عن العبد . .» أخرجه مسلم (٢٠٩٥/٤ ـ ط الحلبي) من حديث أنس ابن مالك .

(٤) حديث : «كان إذا أكل أو شرب قال : الحمد لله الذى أطعم وسقى» أخرجه أبو داود (١٨٧/٤ ـ ١٨٨ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) وإسناده صحيح .

---

(١) حديث : «كان إذا فرغ من طعامه قال : الحمد لله الذي . . .» أخرجه أبو داود (١٨٧/٤ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) ، وأعله الذهبي بالاضطراب وبجهالة أحد رواته ، كذا في «الميزان» (٢٢٨/١ ـ ط الحلبي) .

(٢) أسنى المطالب ٢٢٨/٣ .

(٣) مطالب أولي النهى ٢٥١/٥ .

(٤) حديث أنس : أن رسول الله ﷺ أتي بلبن . . .» أخرجه البخاري (الفتح ٨٦/١٠ ـ ط السلفية) . ومسلم (١٦٠٣/٣ ـ ط الحلبي) .

« أن رسول الله ﷺ أتى بشراب فشرب منه وعن يمينه غلام وعن يساره الأشياخ ، فقال للغلام : أتأذن لي أن أعطي هؤلاء ؟ فقال : والله يا رسول الله ، لا أوثر بنصيبى منك أحدا . قال : فَتَلَّهُ رسول الله ﷺ في يده »[(١)]. قال الشيخ أبو القاسم : وهذا يقتضي أن حكم التيامن في المناولة آكد من حكم السن[(٢)] .

الشرب في آنية الذهب والفضة :

١٤ - يرى جمهور الفقهاء تحريم الأكل والشرب في إناء الذهب وإناء الفضة ، ويستوي في التحريم الرجل والمرأة[(٣)] .

ونقل ابن المنذر الإجماع عليه ، إلا ما نقل عن التابعي معاوية بن قرة ، ونقل عن نص الشافعي : في سماع حرملة أن النهي فيه للتنزيه لأن فيه تشبها بالأعاجم[(٤)] .

شرب الجنب :

١٥ - يرى الشافعية والحنابلة أنه يسن لمن عليه غسل أن يتوضأ لإرادة أكل أو شرب لحديث عائشة - رضي الله عنها - قالت : « رخص رسول الله ﷺ للجنب إذا أراد أن يأكل أو يشرب أن يتوضأ وضوءه للصلاة »[(١)] .

قال أبو علي الطبري : ولا يستحب ذلك للحائض لأن الوضوء لا يؤثر في حدثها ، ويؤثر في حدث الجنابة ، لأنه يخففه ويزيله عن أعضاء الوضوء[(٢)] .

ويؤخذ من عبارات المالكية : أن الجنب لم يؤمر بالوضوء للأكل والشرب .

قال مالك : لا يتوضأ إلا من أراد أن ينام فقط - وهو جنب - وأما من أراد أن يطعم أو يعاود الجماع فلم يؤمر بالوضوء[(٣)] .

الشرب في الصلاة :

١٦ - اتفق الفقهاء على أن المصلي ممنوع من

---

(١) حديث سهل بن سعد أن رسول الله ﷺ « أتى بشراب . . . »
أخرجه البخاري (الفتح ١٠/٨٦ - ط السلفية) .
(٢) مطالب أولي النهى ٥/٢٤٧ ، والمنتقى ٧/٢٣٧ - ٢٣٨ .
(٣) صحيح مسلم بشرح النووي ١٤/٢٩ ، والمغني لابن قدامة ١/٧٥ وما بعدها والدسوقي ١/٦٤ ، والمجموع ١/٢٥٠ والمنتقى ٧/٢٣٥ والهداية وشروحها ٨/٨١ .
(٤) المجموع ١/٢٤٩ وفتح الباري ١٠/٩٤ .

(١) حديث : «رخص رسول الله ﷺ للجنب . . .»
أورده صاحب مطالب أولي النهى (١/١٨٦ - ط المكتب الإسلامي) وعزاه إلى أحمد وقال : «بإسناد صحيح» .
(٢) مطالب أولي النهى ١/١٨٦ والمغني ١/٢٢٩ والإقناع للشربيني الخطيب ١/٦١ والمجموع ٢/١٥٥ .
(٣) المنتقى ١/٩٨ .

الشرب ، وأنه إذا شرب في صلاة الفرض عامدا لزمه الإعادة [١] .

واختلفوا فيما إذا كان ساهيا : فذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أنه لا تبطل صلاته ويشرع له سجود السهو . وقيد الشافعية والحنابلة عدم بطلان الصلاة في هذه الحالة بما إذا كان الشرب يسيراً ، أما كثير الشرب فيبطل الصلاة مطلقاً [٢] .

ويرى الحنفية والأوزاعي أن الصلاة يفسدها الشرب مطلقاً ولا فرق بين العمد والنسيان ، لأنه فعل مبطل من غير جنس الصلاة ، فاستوى عمده وسهوه كالعمل الكثير [٣] .

وأما التطوع : فيبطله الشرب المتعمد عند أكثر الفقهاء لأن ما أبطل الفرض أبطل التطوع كسائر مبطلاته .

وعن أحمد رواية أنه لا يبطله . ويروى عن ابن الزبير وسعيد بن جبير أنهما شربا في التطوع . وعن طاوس أنه لابأس به ، وكذلك قال إسحاق ، لأنه عمل يسير فأشبه غير الأكل .

فأما إن كثر فلا خلاف في أنه يفسدها ، لأن غير الأكل من الأعمال يفسد إذا كثر ، فالأكل والشرب أولى [١] .

وللتفصيل (ر : صلاة) .

شرب الصائم :

١٧ ـ يحرم على الصائم الأكل والشرب لقوله سبحانه وتعالى : ﴿وكلوا واشربوا حتى يتبين لكم الخيط الأبيض من الخيط الأسود من الفجر ثم أتموا الصيام إلى الليل﴾ [٢] . فإن شرب وهو ذاكر للصوم عالم بتحريمه مختار بطل صومه ، لما روى لقيط بن صبرة رضي الله عنه أن النبي ﷺ قال : «اسبغ الوضوء ، وخلل بين الأصابع وبالغ في الاستنشاق إلا أن تكون صائماً» [٣] . فدل على أنه إذا وصل إلى الدماغ شيء بطل صومه .

---

(١) المجموع ٨٩/٤ ، ٩٠ المغنى ٦١/٢ ، الشرح الصغير ٣٤٣/١ ، والزرقاني ٢٥١/١ ، والطحطاوي على مراقي الفلاح ص ١٧٧ .

(٢) المغنى ٦٣/٢ ومطالب أولي النهى ٥٣٨/١ والمجموع ٩٠/٤ والزرقاني ٢٥٢/١ .

(٣) بدائع الصنائع ٢٤٢/١ وحاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ص ١٧٧ والمجموع ٩٠/٤ والمغني ٦٢/٢ .

(١) المغني ٦١/٢ ـ ٦٢ .

(٢) سورة البقرة/ ١٨٧ .

(٣) حديث : «أسبغ الوضوء ، وخلل بين الأصابع . . .» أخرجه الترمذي (١٤٦/٣ ـ ط الحلبي) من حديث لقيط ابن صبرة، وقال : «حديث حسن صحيح» .

ونقل ابن المنذر الإجماع على تحريم الطعام والشراب على الصائم [(١)].

وللتفصيل (ر : صوم) .

الشرب من زمزم :

١٨ - يستحب للحاج والمعتمر أن يشرب من ماء زمزم وأن يتضلع منه . وينظر التفصيل في بحث زمزم من الموسوعة ج ٢٤/ف ٣

(١) المجموع/ ٣١٢ وانظر بدائع الصنائع ٢/ ٩١ ومطالب أولي النهى ٢/ ١٩١ ، وبداية المجتهد ١/ ٢٩٠ نشر دار المعرفة .



شِرْب

التعريـف :

١ - الشرب في اللغة : الحظ والنصيب من المـاء .

قال تعالى : حكاية عن نبيه صالح عليه الصلاة والسلام : ﴿ قال هذه ناقة لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾ [(١)] .

ويطلق على الماء عينه ، وعلى النوبة . وهي الوقت المحدد لاستحقاق الشرب ، وعلى المورد والجمع أشراب [(٢)] .

وفي الاصطلاح هو : نوبة الانتفاع ، أو زمن الانتفاع بالشرب لسقي الشجر أو الزرع [(٣)] .

(١) سورة الشعراء / ١٥٥ .

(٢) لسان العرب ، ابن عابدين ٥/ ٢٨١ ، وبدائع الصنائع ٦/ ١٨٨ .

(٣) المصادر السابقة .

الألفاظ ذات الصلة :

الشفـة :

٢ - والمراد منه مايحتاجه الإنسان من الماء لدفع عطش في نفسه أو للطبخ أو الوضوء والغسل ، وما يحتاج إليه لسقي المواشي والدواب لدفع العطش ونحوه مما يناسبها [١] .

الحكم الإجمالى :

أنواع المياه بالنسبة لحقي الشرب والشفة :

تنقسم المياه بالنظر إلى تملكها ، والانتفاع بها إلى أربعة أقسام :

القسم الأول : الماء العام :

٣ - وهو النابع في موضع لا يختص بأحد ولا صنع للآدميين في إنباطه ، وإجرائه كالأنهار الكبيرة كالنيل ، والفرات ودجلة وسائر أودية العالم والعيون في الجبال ، فهذا النوع حق للناس جميعا وليس لأحد ملك في الماء ولا في المجرى .

ولكل واحد حق الانتفاع به بالشفة ، والشرب ، وله شق الجداول من الأنهار

(١) ابن عابدين ٥/٢٨١ .

ونحوها ، ونصب آلات السقي عليها لإجراء المياه لأرضه ، وغير ذلك من وسائل الانتفاع بالماء .

وليس لحاكم ولا لغيره منع أحد من الانتفاع به بكل الوجوه ، إن لم يترتب على فعله ضرر على النهر أو الجماعة [١]

لخبر « المسلمون شركاء في ثلاثة في الكلأ والماء والنار » [٢] . فإن أضر فعله بالعاملة فللحاكم إزالة القدر الضار من فعله ، لأنه حق لعامة المسلمين ، وإباحة التصرف في حقهم مشروطة بانتفاء الضرر لحديث « لا ضرر ولا ضرار » [٣] وللعامة أيضا منعه من الإضرار بحقهم [٤] .

وإن حضر اثنان فأكثر أخذ كل واحد ما شاء .

(١) روضة الطالبين ٥/٣٠٤ ، نهاية المحتاج ٦/٣٥١ ، البدائع ٦/١٩٢ ، تبيين الحقائق ٦/٣٩ ، حاشية الدسوقي ٤/٧٤ ، شرح الزرقاني ٧/٧٢ - ٧٣ .

(٢) حديث : « المسلمون شركاء في ثلاثة ...... »
أخرجه أبو داود (٣/٧٥١ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث رجل من المهاجرين . وإسناده صحيح .

(٣) حديث : « لا ضرر ولا ضرار » .
أخرجه مالك في الموطأ (٢/٧٤٥ - ط الحلبي) من حديث يحيى المازني مرسلا . ولكن له طرق أخرى موصولة يتقوى بها ، ذكرها ابن رجب في جامع العلوم والحكم (ص ٢٨٦ - ٢٨٧ - ط الحلبي) .

(٤) المصادر السابقة .

وإن قل المـاء أو ضاق المشرع قدم السـابق ، فإن جاءا معا أقرع بينهما ، وإن احتـاج بعضهم إلى المـاء لسقي الأرض ، والبعض الآخـر للشرب لدفع العطش عن نفسه أو دوابه قدم المحتاج للشرب .

قسمة المياه العامة :

٤ - إذا أراد قوم سقي أراضيهم من مثل هذه المياه ، فإن كان النهر عظيما ، والمشرع واسعا يفـي بالجـمـيع سقى مَنْ شاء متى شاء ، ويأخذ منه ماشــاء .

وإن كان المـاء قليلا أو ضاق المشرع ، سقى الأول أرضه ثم يرسله إلى الثاني ، ثم الثاني إلى الثالث ، وهكذا .

هذا إذا كان الأول قد تقـدم في الإحياء على الأسفل ، أو تساويا في الإحياء ، أما إن تقدم الأسفل فيقدم هو[1] .

فإن لم يفضل عن الأول شيء أو عن الثاني أو عن من يليهم فلا شيء للبـاقـين ، لأنه ليس لهم إلا ما فضـل فلم يفضـل شيء كالعصبـة في الميراث[2] . والأصل في ذلك ما رواه عبـد الله بن الـزبـير - رضي الله عنهـما - ، قال : إن رجـلا من الأنصـار خـاصم الزبير في شراج الحرة التي يسقون بها إلى النبي ﷺ : فقال ﷺ : « اسق يازُبَيْرُ ثم ارسـل المـاء إلى جارك فغضب الأنصـارى وقـال : يارسـول الله إن كان ابن عمتك ؟ فتلون وجه رسول الله ﷺ ثم قال : « يا زبير اسـق ثم احبس المـاء حتـى يرجـع إلى الجـدر »[1] وقـال الزبير فوالله إني لأحسب هذه الآية نزلت فيه ﴿ فلا وربك لا يؤمنون حتى يحكموك فيما شجر بينهم ﴾[2] . وقال عبـد الله بن الـزبـير : نظرنا في قول النبي ﷺ : « ثم احـبس المـاء حتـى يبـلغ إلى الجدر » فكان ذلك إلى الكعبيـن[3] .

٥ - وإن استوى اثنان في القرب من أول النهر اقتسما الماء بينهما إن أمكن ، وإن لم يمكن أقرع بينهما فيقدم من تقع له القرعة فإن كان لايفضل عن أحدهما سقى مَنْ تقع له القرعة بقدر حقه من الماء ثم تركه للآخر ، وليس له أن يستهلك جميع الماء ، لأن الآخر يساويه في استحقاق الماء ، وإنما القرعة للتقدىم في

---

(١) روضـة الطالبين ٣٠٥/٥ ، أسنى المطالب ٤٥٤/٢ ، المغني ٥٨٣/٥ ، حاشية الدسوقي ٧٤/٤ ، رد المحتار ٢٨٢/٥ .

(٢) المغني ٥٨٣/٥ والمصادر السابقة .

(١) حديث : « اسق يازبير ثم أرسل الماء إلى جارك » . أخـرجه البخاري (الفتح ٣٩/٥ - ط السلفية) ومسلم (١٨٢٩/٤ - ١٨٣٠ - ط الحلبي) .

(٢) سورة النساء - ٦٥ .

(٣) المغني ٥٨٥/٥ .

الاستيفاء أولا . لا في أصل الحق بخلاف الأعلى مع الأسفل .

فإن كانت أرض أحدهما أكثر من أرض الآخر قسم الماء بينهما على قدر الأرض ، لأن الزائد من أرض أحدهما مساو في القرب ، فاستحق جزءا من الماء كما لو كان لشخص ثالث [1] .

٦ - وإن كان لجماعة حق الشرب في نهر غير مملوك أو سيل وأحيا غيرهم أرضا مواتا أقرب إلى رأس النهر من أرضهم ، لم يكن له أن يسقي قبلهم لأنهم أسبق منه إلى النهر ، ولأن من ملك أرضا ملكها بحقوقها ومرافقها ، والماء أهم المرافق ، فلا يملك إبطال حقوقها ، والشرب من حقوقها [2] .

كرى الأنهار العامة :

٧ - الكرى : إخراج الطين من أرض النهر وحفره وإصلاح ضفتيه : ومؤنة الكرى وجميع ما يحتاج إليه من الإصلاح من بيت مال المسلمين ، لأنه للمصلحة العامة . فإن لم يكن في بيت المال شيء ، أجبر الحاكم

(١) المغني ٥/٥٨٤ - ٥٨٥ ، أسنى المطالب ٢/٤٥٤ ، روضة الطالبين ٥/ ٣٠٦ .

(٢) روضة الطالبين ٥/٣٠٦ ، المغني ٥/٥٨٥ أسنى المطالب ٢/٤٥٤ ، ابن عابدين ٥/٢٨٤ .

الناس على إصلاح النهر إن امتنعوا عنه دفعا للضرر وتحقيقا للمصلحة العامة [1] .

القسم الثاني : المياه الجارية في أنهار وسواقي مملوكة :

٨ - من يحفر نهرا يدخل فيه الماء من النهر العظيم أو من نهر متفرع منه ، فالماء في هذا باق على إباحته ، ولكن مالك النهر أحق به كالسيل يدخل في ملكه ، ولغيره حق الشرب منه والاستعمال ، وسقي الدواب لا سقي أرضه وشجره ، فإن أبى صاحبه كان للمضطر أخذه جبرا ، وله إن منعه أن يقاتله ولو بالسلاح لان الماء في النهر غير مملوك بشرط ألا يجد المضطر ماء مباحا [2] . لأثر عمر - رضي الله عنه - ، « روى أن قوما وردوا ماء فسألوا أهله أن يدلوهم على البئر ، فلم يدلوهم عليها فقالوا : إن أعناقنا وأعناق مطايانا قد كادت تتقطع من العطش ، فدلونا على البئر ، وأعطونا دلوا نستقي ، فلم يفعلوا فذكر ذلك - لعمر رضي الله عنه - فقال : هلا وضعتم السلاح فيهم » .

(١) روضة الطالبين ٥ /٣٠٦ ، أسنى المطالب ٢ /٤٥٤ ابن عابدين ٥/٢٨٤ .

(٢) روضة الطالبين ٥/٣٠٧ ، أسنى المطالب ٢/٤٥٥ ، رد المحتار ٥/٢٨٢ ، بدائع الصنائع ٦/١٨٩ ، المغني ٥/٥٨٧ - ٥٨٩ .

ويجوز لغير مالك النهر أن يحفر فوق نهره نهرا إن لم يضيق عليه ، فإن ضيق ، فليس له ذلك .

فإن اشترك جماعة في الحفر اشتركوا في الملك على قدر عملهم ، فإن اشترطوا أن يكون النهر بينهم على قدر ملكهم من الأرض يكون عمل كل واحد على قدر أرضه ، فإن زاد أحدهم على قدر أرضه متطوعا فلا شيء له على الباقين . فإن أكره أو شرطوا له عوضا رجع عليهم بأجرة ما زاد ، وليس للأعلى حبس الماء عن الأسفل .

وإذا اقتسموا الماء بالأيام والساعات جاز ، لأنه حقهم لا يخرج عنهم ، وإن تشاحوا في قسمته قسم الحاكم بينهم على قدر أملاكهم لأن كل واحد منهم يملك من النهر بقدر ذلك [1] ، وذلك بأن ينصب خشبة في عرض النهر فيها ثقوب متساوية أو متفاوتة على قدر حصصهم . وليس لأحدهم التصرف في النهر المشترك بينهم بتوسيع فم النهر أو تضييقه ولا بناء قنطرة عليه إلا برضاهم . وعمارته عليهم بحسب الملك لاشتراكهم في الملك والانتفاع ، ولهم أن

(١) روضة الطالبين ٥/٣٠٧ ، المغني ٥/٥٨٥ - ٥٨٦ ، ابن عابدين ٥/٢٨٤ - ٢٨٥ ، المصادر السابقة

يقتسموا مهايأة بأن يسقي كل واحد يوما أو بعضهم يوما فأكثر بحسب حصته ، ولكل منهم الرجوع عن المهايأة متى شاء ، ولهم أن يقتسموا بكل ما يتوصل به لإعطاء كل ذى حق حقه من الماء [1] .

القسم الثالث : أن يكون المنبع مملوكا :

٩ - كأن يحفر بئرا في ملكه أو في موات للتملك ، أو انفجرت في ملكه عين . فإنه يملك الماء لأنه نماء ملكه كالثمرة واللبن وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية ، ولكن يجب عليه بذل الفاضل من الماء عن شربه لشرب غيره ، وبذل ما فضل عن ماشيته لماشية غيره لحديث : « المسلمون شركاء في ثلاث : في الكلأ والماء والنار» [2] بشرط أن يكون هناك كلأ ترعى الماشية منه ، ولا يجد ماء مباحا أو مملوكا يبذله صاحبه له مجانا .

وليس له أخذ العوض عنه ، للنهي عن

(١) اسنى المطالب ٢/٤٥٥ ، روضة الطالبين ٥/٣٠٧ ، المحلي على القليوبي ٣/٩٦ - ٩٧ ، المغني ٥/٥٨٥ - ٥٨٦ ، ابن عابدين ٥/٢٨٥ ، بدائع الصنائع ٦/١٩٠ - ١٩١ ، تبيين الحقائق ٦/٤٢ ، القوانين الفقهية ٣٣١ ، حاشية الدسوقي ٤/٧٤ .

(٢) حديث : « الناس شركاء في ثلاث ..... » تقدم تخريجه ف ٢ .

بيع فضل الماء ، ولا يجب بذل فضل الماء لزرعه [١] .

وقال المالكية : له منعه من غيره ، وبيعه ، وهبته ، والتصدق به ، إلا من خيف عليه هلاك أو ضرر شديد ، ولا ثمن معه حين الخوف عليه ، وإن كان غنيا في بلده ، فليس للمالك في هذه الحالة منعه ، ولا بيعه ، بل يجب عليه دفعه له مجانا ، ولا يرجع عليه بعد ذلك ولو كان غنيا في بلده . أما إذا كان معه مال فلا يبذل له إلا بالثمن . وكذا يجب على مالك الماء بذل الفاضل من الماء لزرع جاره ، بشرط أن يظن هلاك الزرع ، وأن يكون الماء فاضلا عن زرع مالك الماء ، وأن يزرع الجار زرعه على ماء له ، وأن يشرع في إصلاح بئره .

فإن لم يفضل عن زرعه شيء ، فلا يجب عليه بذل الماء لغيره ، وكذا إن لم يزرع الجار زرعه على ماء لمخاطرته وتعريضه زرعه للهلاك ، وكذا إن كان قد زرع على ماء فعطب ولم يشرع في إصلاحه [٢] .

وقال الحنفية : إن ماء الآبار ، والحياض ، والعيون لا يملك بل هو مباح في نفسه ، سواء حفر في أرض مملوكة أو أرض مباحة ، ولكن لحافر البئر في ملكه ، أو في موات للتملك ، ولمن نبعت العين في أرض يملكها حق الاختصاص ، لأن الماء في الأصل خلق مباحا ، لقول النبي ﷺ : « المسلمون شركاء في ثلاث : الكلأ والماء والنار » [١] والشركة تقتضى الإباحة لجميع الشركاء إلا إذا حصل في إناء وأحرزه به ، فيصير مملوكا ، لأنه استولى عليه وهو غير مملوك لأحد كسائر المباحات غير المملوكة ، وإذا لم يوجد ذلك بقى على أصل الإباحة الثابتة بالشرع ، فلا يجوز بيعه لأن البيع لا يصح في مال غير مملوك . وليس له أن يمنع الناس من الشرب بأنفسهم وسقي دوابهم منه لأنه مباح [٢] .

وقد روي عن النبي ﷺ : « أنه نهى أن يمنع نقع البئر » [٣] وهو فضل مائها الذي يخرج منها ، فللناس أن يشربوا منها ويسقوا منها دوابهم ، ولكن إذا كان في أرض مملوكة

---

(١) أسنى المطالب ٢/٤٥٥ ـ ٤٥٦ ، روضة الطالبين ٥/٣٠٩ ، المحلي على القليوبي ٣/٩٧ .

(٢) حاشية الدسوقي ٤/٧٢ ـ ٧٣ ، شرح الزرقاني ٧/٧٠ .

(١) حديث : « المسلمون شركاء في ثلاث ...... » تقدم تخريجه ف ٢ .

(٢) بدائع الصنائع ٦/١٨٩ ، ابن عابدين ٥/١٨٢ .

(٣) حديث : « نهى أن يمنع نقع البئر » . أخرجه أحمد (٦/١٣٩ ـ ط الميمنية) من حديث عائشة ، وله شاهد من حديث أبي هريرة أخرجه البخاري (الفتح ٥/٣١ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/١١٩٨ ـ ط الحلبي) .

فلصاحبها أن يمنع من الدخول في ملكه ، لأن في الدخول في ملكه إضرارا به من غير ضرورة وله أن يدفع الضرر عن نفسه . وإن اضطروا إليه بأن لم يجدوا ماء غيره وخافوا الهلاك ، فإنه يجبر على أن يأذن لهم في الدخول في ملكه أو يخرج الماء لهم ، ولهم أن يقاتلوه على ذلك بالسلاح ليأخذوه وإلى هذا ذهب الحنابلة [1] .

حفر بئر للارتفاق لا للتملك :

١٠ - إن حفر بئرا للارتفاق في موات اختص به وبمائه كالمالك مادام مقيما عليه ، لخبر « من سبق إلى مالم يسبق إليه مسلم فهو له » [2] ولكنه لا يملك منع مافضل منه عن المحتاج لشرب وسقي دواب ، ومواشي ، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء . فإن ارتحل عنها بطل اختصاصه . فإن عاد مرة أخرى فهو كغيره من الناس ولا يعود له الاختصاص .

وإن حفرها للمارة فهو فيها كأحدهم .

وإن حفرها بلا قصد شيء مما ذكر فكذلك .

(١) المصادر السابقة ، والمغني ٥/٥٨٩ .

(٢) حديث : « من سبق إلى مالم يسبقه إليه مسلم فهو له » .
أخرجه أبو داود (٣/٤٥٣ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث أسمر بن مضرس وقال المنذري : « غريب » .

والقناة المملوكة كالبئر فيما تقدم من أحكام [1] .

القسم الرابع : الماء المحرز بالأواني والظروف :

١١ - وهذا مملوك لمحرزه باتفاق الفقهاء ولا حق لأحد فيه ، لأن الماء وإن كان مباحا في الأصل فإن المباح يملك بالاستيلاء إذا لم يكن مملوكا للغير كالحطب والحشيش والصيد فيجوز بيعه ، وهبته ، والتصدق به . وقد جرت العادة في جميع أمصار المسلمين وفي سائر الأعصار على بيع السقائين المياه المحرزة في الظروف من غير نكير ، فلا يحل لأحد أخذه بغير إذن محرزه ، إلا أن يخاف الهلاك ، وعنده فضل عن حاجته فيجب عليه بذله له ، فإن امتنع أن يقدمه له فله أن يقاتله عليه [2] .

شرط وجوب الانتفاع بالأنهار الخاصة ونحوها :

١٢ - يجب على المنتفع بالأنهار والسواقي والآبار الخاصة ألا يضر المالك في ملكه ، بأن يحافظ على حافة النهر والساقية ، والبئر من

(١) أسنى المطالب ٢/٤٥٦ ، روضة الطالبين ٥/٣٠٩ ، المغني ٥/٥٩٥ ، حاشية الدسوقي ٤/٧٣ ، رد المحتار ٥/٢٨٢ .

(٢) المصادر السابقة .

التخريب ، فإن لم يفعل ذلك فلصاحب المجرى المنع منه ، إذ لا ضرر ولا ضرار [١] .

رفع الدعوى للشرب :

١٣ - من كان له شرب في ماء فله رفع الدعوى على من حال بينه وبين استيفاء حقه ، لأن الشرب مرغوب فيه منتفع به ويمكن استحقاقه بغير أرض بالإرث والوصية ، ولأنه قد ابتاع الأرض دون حق الشرب ، فيبقى الشرب وحده ، فإن استولى عليه غيره كان له أن يدفع الظلم عن نفسه بإثبات حقه بالبينة ، صرح بهذا الحنفية وهم لا يجيزون التصرف في الشرب بالبيع والإجارة وغيرهما من العقود [٢] وغير الحنفية أولى بإجازة رفع الدعوى لكونهم يجيزون بيع حق الشرب . كما سيأتي .

التصرف في الشرب :

١٤ - ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز التصرف في الشرب بالبيع والإجارة والصلح وغيرها من أنواع التصرف كالهبة ، والصدقة .

فإن صالح رجلا على موضع قناة في أرضه

(١) المصادر السابقة .
(٢) الدر المختار ٥/٣١٤ ، تبيين الحقائق ٦/٤٠ ، تكملة الفتح ٨/١٢٧ .

يجري فيها ماء وبيَّنا موضعها ، وعرضها وطولها جاز ، لأن ذلك بيع موضع من أرضه ، ولا حاجة إلى بيان عمقه لأنه إذا ملك الموضع كان له إلى تخومه ، وإن صالح على إجراء الماء في ساقية من أرض رب الأرض مع بقاء ملكه عليها ، جاز وهو إجارة للأرض فيشترط تقدير المدة ، لأن هذا شأن الإجارة [١] .

أما الشرب بمعنى الماء فقد جوز المالكية بيعه مطلقا فله أن يشتري شرب يوم أو يومين بغير أصل الماء [٢] .

وقال الحنابلة : إن اشترى شرب يوم أو يومين من نهر رجل أو صالح عليه وقدر بشيء يعلم به . قال القاضي : لا يجوز لأن الماء غير مملوك ، فلا يجوز بيعه ولا الصلح عليه لأنه مجهول . وإن صالحه على سهم من العين أو النهر كالربع والثلث جاز ، وكان بيعا للقرار والماء تابع له . قال ذلك القاضي . وقال ابن قدامة : يحتمل أن يجوز الصلح على الشرب من نهره أوقناته ، لأن الحاجة تدعو إليه . والماء مما يجوز العوض

(١) المغني ٤/٥٤٦ - ٥٤٧ ، تكملة المجموع ١٣/٤٠٤ ، حاشية الدسوقي ٤/٧٢ المدونة ٦/١٩٢ ، روضة الطالبين ٤/٢٢١ .
(٢) المدونة ٦/١٩٢ .

عنه في الجملة بدليل مالو أخذه في إناء أو قربة يجوز بيعه ، ويجوز الصلح على مالا يجوز بيعه كالقصاص [١] .

وقال الشافعية : لا يجوز بيع الماء إن وجب بذله . وإن لم يجب بذله بأن وجد محتاج الشرب ماء آخر فله بيع الماء ، مقدرا بكيل أو وزن ، ولا يجوز مقدرا بري الماشية والزرع [٢] .

وذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز بيع الشرب منفردا بأن باع شرب يوم أو أكثر لأنه عبارة عن حق الشرب ، والسقي ، والحقوق لا تحتمل الإفراد بالبيع ، والشراء ، ولو اشترى الشرب بدار وقبضها لزمه رد الدار لأنها مقبوضة بحكم عقد فاسد ، فكان واجب الرد ، كسائر العقود الفاسدة ، ولا شيء على البائع بما انتفع به من الشرب ، وإن باع الشرب مع الأرض جاز تبعا للأرض ، لجواز كون الشيء تبعا لغيره وإن لم تجعله التبعية مقصودا بذاته ، ولا يجوز جعله أجرة لدار ، ولا إجارته منفردا لأن الحقوق لا تحتمل الإجارة كما لا تحتمل البيع [٣] .

(١) المغني ٤/٤٤٨ ـ ٤٤٩ .

(٢) روضة الطالبين ٥/٣١٠ ـ ٣١١ ، أسنى المطالب ٢/٤٥٦ .

(٣) بدائع الصنائع ٦/١٨٩ ، رد المحتار ٥/٢٨٧ .

وإن باع الأرض ولم يذكر الشرب لم يدخل في البيع . وإن أجرها ولم يذكر الشرب لم يدخل قياسا ويدخل استحسانا لوجود الذكر دلالة . لأن الإجارة تمليك المنفعة بعوض ولا يمكن الانتفاع بالأرض بدون الشرب فيكون مذكورا بذكر الأرض دلالة بخلاف البيع ، لأن البيع تمليك العين ، والعين تحتمل الملك بدون المنفعة ، ولا تجوز هبة الشرب والتصدق به . لأن ذلك كله تمليك والحقوق المفردة لا تحتمل التمليك ، ولا يجوز الصلح لأن الصلح في معنى البيع ولا يصلح مهرا ولا بدل خلع [١] .

النزاع في استحقاق الشرب :

١٥ ـ قال الشافعية : إذا وجدت أرض لم يكن سقيها من النهر العام ، ووجدت ساقية لها من النهر ، ولم يوجد لها شرب من موضع آخر ، حكمنا عند التنازع بأن لها شربا منه . ولو تنازع الشركاء في النهر في قدر أنصبائهم يجعل على قدر الأرضين لأن الظاهر أن الشركة بحسب الملك [٢] .

(١) المصادر السابقة .

(٢) أسنى المطالب ٢/٤٥٥ ، روضة الطالبين ٥/٣٠٨ ، ٣٠٩ .

شَـرْط

التعريـف :

١ ـ الشرط بسكون الراء لغة : إلزام الشيء والتـزامـه ، ويجمـع على شروط ، وبمعنى الشرط الشريطة وجمعهـا الشرائط . والشرط بفتح الراء معناه العلامة ويجمع على أشراط ومنه أشراط الساعة أي علاماتها [١] .

وهـو في الاصطـلاح : ما يلزم من عدمـه العدم ، ولا يلزم من وجـوده وجـود ولا عدم لذاته [٢] .

وعرفه البيضاوي في المنهاج بأنه : ما يتوقف عليه تأثـير المؤثـر لا وجـوده ، ومثـل له بالإحصان ، فإن تأثير الزنا في الرجم متوقف عليه كما ذكر الأسنوي ، وأما نفس الزنا فلا ، لأن البكر قد تزني [٣] .

(١) الصحـاح والقـامـوس واللسـان والمصبـاح مادة (شرط) والتعريفات للجرجاني /١٦٦ (ط . صبيح) .
(٢) حاشية البناني على جمع الجوامع ٢ / ٢٠ (ط . حلب) .
(٣) شرح البدخشي ٢ /١٠٨ ـ ١٠٩ (ط صبيح) .

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الـركن :

٢ ـ ركن الشيء في الاصطلاح : ما لا وجود لذلـك الشيء إلا به ، وهـو الجـزء الذاتي الـذي تتركب المـاهية منه ومن غيره بحيث يتوقف قيامها عليه .

والفرق بينه وبين الشرط : هو أن الشرط يكـون خارجـا عن المـاهية ، والركن يكون داخلاً فيها فهما متباينان [١] .

ب ـ السـبب :

٣ ـ الـسبب في الاصـطلاح : ما يلزم من وجوده الوجود ومن عدمه العدم لذاته .

فالسبب والشرط يلزم من عدمهما العدم .

ولكن السبب يلزم من وجوده الوجود ولا يلزم من وجود الشرط الوجود ، كصلاة الظهر سببها زوال الشمس وشرطها الطهارة [٢] .

ج ـ المـانـع :

٤ ـ ومعناه في الاصطلاح كما ذكر القرافي في

(١) التعريفات /١٤٩ (ط . دار الكتاب العربي) ، الكليات ٢ /٣٩٥ ـ ٣٩٦ (ط . الثـانية)، وحاشية ابن عابدين ١ /٦١ ـ ٦٤ ط . المصرية ، وحـاشية الجمل ١ /٣٢٨ ط . دار إحياء التراث .
(٢) أصـول السرخسي ٢ /٣٠١، ٣٠٤ (ط . دار الكتـاب العربي) ، والفروق للقرافي ١ /٦١ ـ ٦٢ ف الثالث (ط المعرفة) ، وحاشية البناني على جمع الجوامع ١ /٩٤ (ط الحلبي) .

الفروق: هوما يلزم من وجوده العدم ولايلزم من عدمه وجود ولا عدم لذاته ، فهو بهذا المعنى عكس الشرط لأن الشرط ما يلزم من عدمه العدم ولا يلزم من وجوده وجود ولا عدم لذاته .

وقال ابن السبكي : المانع : هو الوصف الوجودي الظاهر المنضبط المعرف نقيض الحكم كالأبوة في القصاص [1] . والتفصيل في مصطلح (مانع) .

تقسيمات الشرط :

ينقسم الشرط إلى ما يلي :

٥ ـ الأول ـ الشرط المحض : وهو ما يمتنع بتخلفه وجود العلة فإذا وجد وجدت العلة فيصير الوجود مضافا إلى الشرط دون الوجوب ، مثاله اشتراط الطهارة للصلاة واشتراط الرهن في البيع .

ثم ينقسم الشرط المحض إلى قسمين : شروط شرعية ، وشروط جعلية .

فالشروط الشرعية هي التى اشترطها الشارع إما للوجوب كالبلوغ لوجوب الصلاة وغيرها من الأمور التكليفية ، وإما للصحة كاشتراط الطهارة للصلاة .

وإما للانعقاد كاشتراط الأهلية لانعقاد التصرف وصلاحية المحل ولورود العقد عليه .

وإما للزوم كاشتراط عدم الخيار في لزوم البيع ، وإما لنفاذ اشتراط الولاية وما في معناها لنفاذ التصرف .

ويلزم من عدم أي شرط من هذه الشروط عدم الحكم المشروط له فإذا فقد شرط من شروط الوجوب لزم عدم وجوب الفعل على المكلف ويلزم من عدم شرط من شروط الصحة عدم صحة الفعل وهكذا ، ويلزم من عدم شرط من شروط الانعقاد بطلان التصرف بحيث لا يترتب عليه أي حكم .

٦ ـ وأما الشروط الجعلية فهي الشروط التي يشترطها المكلف في العقود وغيرها كالطلاق والعتاق والوصية وهو نوعان شرط تعليقي مثل إن دخلت الدار فأنت طالق ، وينظر تفصيله في (تعليق) ، وشرط تقييدي مثل وقفت على أولادي من كان منهم طالبا للعلم .

وهذه الشروط الجعلية تنقسم من حيث اعتبارها إلى ثلاثة أنواع :

(١) شرط لا ينافي الشرع : بل هو مكمل للشروط وذلك كما لو اشترط المقرض على المقترض رهنا أو كفيلاً .

---

(١) الفروق للقرافي ٦٢/١ (ط . المعرفة) ، جمع الجوامع مع حاشية البناني ٩٨/١ (ط . الحلبى) .

(٢) شرط غير ملائم للمشروط : بل هو مناف لمقتضاه ، كما لو اشترط الزوج في عقد الزواج أن لا ينفق على الزوجة .

(٣) شرط لا ينافي الشرع ما شرط فيه وفيه مصلحة لأحد العاقدين أو كليهما أو لغيرهما ولكن العقد لا يقتضيه فلا تعرف ملاءمته أو عدم ملاءمته للعقد وذلك كما لو باع منزلاً على أن يسكنه البائع مثلاً فترة معلومة أو يسكنه فلان الأجنبي .

وهذا الشرط محل خلاف [١] . وتفصيله في الملحق الأصولي .

القسم الثاني : شرط هو في حكم العلل :

٧ ـ وهو شرط لا تعارضه علة تصلح أن يضاف الحكم إليها فيضاف الحكم إليه ، لأن الشرط يتعلق به الوجود دون الوجوب فصار شبيها بالعلل ، والعلل أصول لكنها لما لم تكن عللا بذواتها استقام أن تخلفها الشروط ، ومثاله حفر البئر ، فعلة السقوط هي الثقل لكن الأرض مانع من السقوط فإزالة المانع بالحفر صار شرطا وهذه العلة لاتصلح لإضافة الحكم إليها (وهو الضمان) لأن الثقل أمر طبيعى والمشي مباح فلا يصلحان لإضافة الضمان إليهما ، فيضاف

(١) كشف الأسرار ٤/٢٠٢ ـ ٢٠٣ ، وفتح الغفار ٣/٧٤ ، والتلويح على التوضيح ١/١٢٠ .

إلى الشرط لأن صاحبه متعد لأن الضمان فيما إذا حفر في غير ملكه بخلاف ما إذا أوقع نفسه [١] .

القسم الثالث : شرط له حكم الأسباب :

٨ ـ وهو شرط حصل بعد حصوله فعل فاعل مختار غير منسوب ذلك الفعل إلى الشرط كما إذا حل قيد صيد حتى نفر لايضمن عند الحنفية خلافا لمحمد ، فإن الحل لما سبق النفور الذي هو علة التلف صار كالسبب فإنه يتقدم على صورة العلة والشرط يتأخر عنها [٢] .

القسم الرابع : شرط اسما لا حكما :

٩ ـ وهو ما يفتقر الحكم إلى وجوده ولا يوجد عند وجوده ، فمن حيث التوقف عليه سمي شرطا ، ومن حيث عدم وجود الحكم عنده لا يكون شرطا حكما .

ويفهم مما ذكره فخر الإسلام أنه عبارة عن أول الشرطين اللذين يضاف إلى آخرهما الحكم فإن كل حكم تعلق بشرطين فإن أولهما شرط اسما لا حكما ؛ لأن حكم الشرط أن يضاف الوجود إليه وذلك مضاف إلى آخرهما

(١) فتح الغفار ٣/٧٤ (ط . الحلبى) كشف الأسرار ٤/٢٠٦ ـ ٢٠٨ (ط . دار الكتاب العربي) ، أصول السرخسي ٢/٣٢٣ ـ ٣٢٤ .

(٢) فتح الغفار ٣/٧٤ ـ ٧٥ (ط . الحلبي) ، كشف الأسرار ٤/٢١٢ (ط . دار الكتاب العربي) .

فلم يكن الأول شرطا حكما بل اسما .

القسم الخامس : شرط هو بمعنى العلامة الخالصة :

١٠ - وذلك كالإحصان في باب الزنا وإنما كان الإحصان علامة لأن حكم الشرط أن يمنع انعقاد العلة إلى أن يوجد الشرط وهذا لا يكون في الزنا بحال .

لأن الزنا إذا وجد لم يتوقف حكمه على إحصان يحدث بعده ، لكن الإحصان إذا ثبت كان معرفا لحكم الزنا فاما أن يوجد الزنا بصورته فيتوقف انعقاد علة على وجود الإحصان فلا يثبت أنه علامة وليس بشرط فلم يصلح علة للوجود ولا للوجوب ولذلك لم يجعل له حكم العلل بحال .

ولذلك لا يضمن شهود الإحصان إذا رجعوا على حال أي سواء رجعوا وحدهم أم رجعوا مع شهود الزنا [١].

ما يختص به الشرط الجعلي بقسميه المعلّق والمقيّد :

١١ - يشترط لصحة التعليق أمور منها :

أن يكون المعلق عليه أمرا معدوما على خطر الوجود أي متردداً بين أن يكون وأن

(١) فتح الغفار ٧٥/٣ (ط . الحلبي) ، كشف الأسرار ٢١٩/٤ (ط . دار الكتاب العربي) .

لا يكون ، وأن يكون أمرا يرجى الوقوف على وجوده ، وأن لا يوجد فاصل أجنبي بين الشرط والجزاء [١] . وأن يكون المعلق عليه أمرا مستقبلا بخلاف الماضي فإنه لا مدخل له في التعليق [٢] . وأن لا يقصد بالتعليق المجازاة فلو سبّته بما يؤذيه فقال إن كنت كما قلت فأنت طالق تنجز الطلاق سواء كان الزوج كما قالت أو لم يكن لأن الزوج في الغالب لا يريد إلا إيذاءها بالطلاق ، وأن يوجد رابط حيث كان الجزاء مؤخرا وإلا تنجز ، وأن يكون الذي يصدر منه التعليق مالكا للتنجيز أي قادرا على التنجيز وهذا الأمر فيه خلاف [٣] .

ينظر في (تعليق ف ٢٨ - ٢٩ (ج/١٢) .

(١) حاشية ابن عابدين ٤٩٣/٢ ط . المصرية ، والأشباه والنظائر لابن نجيم / ٣٦٧ (ط . الهلال) ، تبيين الحقائق ٢٤٣/٢ (ط . بولاق)، جواهر الإكليل ٢٤٣/١ - ٢٤٤ (ط المعرفة) ، حاشية القليوبي ٣٤٢/٣ (ط . الحلبي) ، الإنصاف ١٠٤/٩ (ط . الأولى) .

(٢) الأشباه والنظائر للسيوطي / ٣٧٦ (ط. الحلبي) .

(٣) ابن عابدين ٤٩٤/٢ (ط . المصرية) ، الأشباه والنظائر لابن نجيم /٣٦٧ (ط . الهلال) ، فتح القدير ١٢٧/٣ (ط . بولاق) ، الدسوقي ٣٧٠/٢، (ط . الفكر) ، الخرشي ٣٧/٤ - ٣٨ (ط . بولاق) .

ما يختص به الشرط المقيّد :

يختص الشرط المقيد بأمرين :

١٢ - الأول : كونه أمرا زائدا على أصل التصرف . فقد صرح الزركشي في قواعده بأن الشرط ما جزم فيه بالأصل - أي أصل الفعل - وشرط فيه أمرا آخر [١] .

الثاني : كونه أمرا مستقبلا ويظهر ذلك مما قاله الحموي في حاشيته على ابن نجيم : أن الشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة [٢] .

هذا والفرق بين شرط التعليق وشرط التقييد كما ذكر الزركشي أن التعليق ما دخل على أصل الفعل بأداته كإن وإذا ، والشرط ما جزم فيه بالأصل وشرط فيه أمراً آخر [٣] .

وقال الحموي : وإن شئت فقل في الفرق أن التعليق ترتيب أمر لم يوجد على أمر يوجد بإن أو إحدى أخواتها والشرط التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة [٤] .

ما يعرف به الشرط :

١٣ - يعرف الشرط بصيغته بأن دخل في

(١) المنثور ١/ ٣٧٠ (ط . الأولى) ، الحموي على ابن نجيم ٢/ ٢٢٤ (ط . العامرة) .

(٢) الحموي على ابن نجيم ٢/ ٢٢٥ (ط . العامرة) .

(٣) المنثور ١/ ٣٧٠ (ط . الأولى) .

(٤) الحموي على ابن نجيم ٢/ ٢٢٥ (ط . العامرة) .

الكلام حرف من حروف الشرط فكان الفعل الذي دخل عليه شرطا ، وصيغه كما ذكر الآمدي في الأحكام كثيرة وهي إن الخفيفة ، وإذا ، ومَنْ ، وما ، ومهما ، وحيثما ، وأينما ، وإذ ما ، وأُمُّ هذه الصيغ «إن» الشرطية [١] .

ويعرف الشرط أيضا بدلالته أي بالمعنى بأن يكون الأول أي من الكلام سببا للثاني كقوله : المرأة التي أتزوج طالق ثلاثا ، فإنه مبتدأ متضمن لمعنى الشرط . والأول يستلزم الثاني ألبتة دون العكس ، لوقوع الوصف ، وهو وصف التزوج في النكرة فيعم .

ولو وقع الوصف في المعين كما في قوله : هذه المرأة التي أتزوجها طالق لما صلح دلالة على الشرط ، لأن الوصف في المعين لغو فبقي قوله : هذه المرأة طالق فيلغو في الأجنبية ، ونص الشرط يجمع المعين وغيره حتى لو قال إن تزوجت هذه المرأة أو امرأة طلقت إذا تزوج بها . وتفصيل ذلك محله كتب الأصول [٢] .

الأثر المترتب على تعليق الحكم بالشرط :

١٤ - يذكر الأصوليون مسألة هامة وهي أن تعليق الحكم بالشرط هل يمنع السبب عن

(١) الإحكام في أصول الأحكام للآمدي ٢/ ٣٠٩ - ٣١٠ (ط . المكتب الإسلامي) .

(٢) فتح الغفار ٣/ ٧٥ (ط . الحلبي) ، كشف الأسرار للبزدوي ٤/ ٢٠٣ - ٢٠٦ (ط . دار الكتاب العربي) .

السببية أو يمنع الحكم عن الثبوت فقط لا السبب عن الانعقاد .

وينظر الخلاف في هذه المسألة في مصطلح (تعليق ف / ٣٠) .

ولا يقع شيء عند وجود الشرط . وتفصيل ذلك في الملحق الأصولي [١] .

التخصيص بالشرط :

١٥ - الشرط من المخصصات المتصلة ومن أحكامه أنه يخرج من الكلام ، ما لولاه لدخل فيه ، وتفصيله في الملحق الأصولي .

الاستدلال بمفهوم الشرط :

١٦ - تعليق الحكم على الشرط بكلمة (إن) أو غيرها من الشروط اللغوية كما في قوله تعالى : ﴿وإن كن أولات حمل فأنفقوا عليهن حتى يضعن حملهن﴾ [٢] .

فيه أربعة أمور :

الأول : ثبوت المشروط عند ثبوت الشرط .

الثاني : دلالة (إن) عليه .

الثالث : عدم المشروط عند عدم الشرط .

الرابع : دلالة (إن) عليه .

(١) مسلم الثبوت ١/٤٢٣ - ٤٣٢ (ط . بولاق) .

(٢) سورة الطلاق / ٦ .

فالثلاثة الأُوَل لا خلاف فيها ، وأما الأمر الرابع وهو دلالة (إن) على عدم المشروط عند عدم الشرط فهو محل الخلاف وتفصيله في الملحق الأصولي .

والأمر المعلق بالشرط يقتضي التكرار كما في قوله تعالى : ﴿وإن كنتم جنبا فاطهروا﴾ [١] يقتضى تكرر المأمور به عند تكرر شرطه بناء على القول بأن الأمر المطلق يقتضي التكرار . وأما على القول بأن الأمر المطلق لا يقتضي التكرار ولا يدفعه ففي كونه يقتضي التكرار هنا من جهة اللفظ لا من جهة القياس أو لا يقتضيه لا من جهة اللفظ ولا من جهة القياس أو لا يقتضيه من جهة اللفظ ويقتضيه من جهة القياس خلاف وينظر في الملحق الأصولي .

أثر الشرط الجعلي التعليقي على التصرفات :

١٧ - يظهر أثر الشرط الجعلي التعليقي في التصرفات مثل الإجارة والبيع والخلع والصلح والقسمة والمزارعة والمساقاة ، والمضاربة والنكاح ، والإبراء والوقف ، والحجر والرجعة وغير ذلك كما هو مبين في مصطلح «تعليق» .

(١) سورة المائدة / ٦ .

أثر الشرط التقييدي على التصرفات :

١٨ - إذا قيد التصرف بشرط فلا يخلو هذا الشرط إما أن يكون صحيحا وإما أن يكون فاسداً أو باطلاً .

فإن كان الشرط صحيحاً كما لو اشترط في البقرة كونها حلوبا فالعقد جائز لأن المشروط صفة للمعقود عليه أو الثمن ، وهي صفة محضة لايتصور انقلابها أصلاً ولا يكون لها حصة من الثمن بحال [١] . وإن كان الشرط باطلاً أو فاسداً كما لو اشترى ناقة على أن تضع حملها بعد شهرين كان البيع فاسدا .

قال في الفتاوى الهندية : وجملة مالا يصح تعليقه بالشرط ويبطل بالشروط الفاسدة ثلاثة عشر . البيع والقسمة والإجارة والرجعة والصلح عن مال والإبراء عن الدين والحجر عن المأذون وعزل الوكيل في رواية شرح الطحاوي وتعليق إيجاب الاعتكاف بالشروط والمزارعة والمعاملة والإقرار والوقف في رواية [٢] .

هذا وقد ذهب الحنفية وهم الذين يفرقون بين الفساد والبطلان إلى أن الشرط التقييدي ثلاثة أقسام . صحيح وفاسد وباطل .

وذهب غيرهم من الفقهاء وهم الذين لا يفرقون بين الفساد والبطلان ويقولون : إنهما واحد إلى أنه قسمان : صحيح وباطل أو صحيح وفاسد .

الشرط الصحيح :

أ - ضابطه :

١٩ - ضابطه عند الحنفية : اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره أو اشتراط ما يقتضيه العقد أو مايلائم مقتضاه أو اشتراط ما ورد فى الشرع دليل بجواز اشتراطه أو اشتراط ما جرى عليه التعامل .

وضابطه عند المالكية : اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره أو اشتراط ما يقتضيه العقد أو اشتراط مالا يقتضيه العقد ولا ينافيه .

وضابطه عند الشافعية : اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره أو اشتراط ما يقتضيه العقد أو اشتراط مايحقق مصلحة مشروعة للعاقد أو اشتراط العتق لتشوف الشارع إليه .

وضابطه عند الحنابلة : اشتراط صفة قائمة بمحل العقد وقت صدوره أو اشتراط ما يقتضيه العقد أو يؤكد مقتضاه أو اشتراط ما أجاز الشارع اشتراطه أو اشتراط ما يحقق مصلحة للعاقد ، وفيما يلي تفصيل ذلك :

---

(١) بدائع الصنائع ١٦٩/٥ (ط . جمالية) .
(٢) الفتاوى الهندية ٣٩٦/٤ .

ب - أنواعه :

٢٠ - النوع الأول : اشتراط صفة قائمة بمحل التصرف وقت صدوره وهذا النوع متفق على جوازه عند الفقهاء ، فإن فات هذا الشرط يكون للمشتري الخيار لفوات وصف مرغوب فيه كاشتراط كون البقرة المشتراة حلوباً [١]

النوع الثاني : اشتراط ما يقتضيه العقد وجوازه أيضا محل اتفاق عند الفقهاء لأنه بمثابة تأكيد ، ومن أمثلته ما لو اشترط في الشراء التسليم إلى المشتري فإن البيع يصح لأن هذا الشرط من مقتضيات العقد ومنها أيضا اشتراط الرد بالعيب ورد العوض فإنها أمور لازمة لاتنافي العقد بل هي من مقتضياته [٢] .

النوع الثالث : اشتراط ما يلائم مقتضى العقد وهذه عبارة الحنفية .

قال صاحب البدائع فهذا لا يقتضيه العقد ولكنه يلائم مقتضاه فهو لا يفسد العقد وإنما هو مقرر لحكم العقد من حيث المعنى مؤكد إياه فيلحق بالشرط الذي هو من مقتضيات العقد . وعبارة المالكية اشتراط ما يلائم مقتضى العقد ولا ينافيه . وعبارة الشافعية والحنابلة اشتراط مالا يقتضيه إطلاق العقد لكنه يلائمه ويحقق مصلحة للعاقد ومثاله ما لو باع على أن يعطيه المشتري بالثمن رهنا أو كفيلا والرهن معلوم والكفيل حاضر جاز ذلك استحسانا عند الحنفية وهو جائز أيضا عند المالكية والشافعية والحنابلة [١] .

النوع الرابع : اشتراط ما ورد في الشرع دليل بجوازه .

النوع الخامس : اشتراط ما جرى عليه التعامل بين الناس وقد ذكر هذا النوع الحنفية سوى زفر ، وهو مما لايقتضيه العقد ولا يلائم مقتضاه لكن للناس فيه تعامل .

ومثاله إذا اشترى نعلا على أن يحذوها البائع أو جرابا على أن يخرزه له خفا فإن هذا الشرط جائز لأن الناس تعاملوا به في البيع كما تعاملوا بالاستصناع فسقط القياس بعدم الجواز بتعامل الناس [٣] .

---

(١) بدائع الصنائع (١٧٢/٥ ط . الجمالية) ، الدسوقي (١٠٨/٣ ط . الفكر) ، مغني المحتاج (٣٤/٢ ط . حلب) ، كشاف القناع (١٨٨/٣ ط . النصر) .

(٢) البدائع (١٧٢/٥ ط . الجمالية) - الدسوقي ٦٥/٣ ط) . الفكر ، المجموع (٣٦٢/٥ ط . السلفية) ، كشاف القناع (١٨٩/٣ ط . النصر) .

---

(١) البدائع ١٧١/٥ (ط ، الجمالية) - الدسوقي ٦٥/٣ (ط . الفكر) ، المجموع ٣٦٤/٩(ط . السلفية) ، كشاف القناع ١٨٩/٣(ط ، النصر) .

(٢) البدائع (١٧٤/٥ ط ، الجمالية) .

(٣) البدائع ١٧٢/٥ (ط . جمالية) .

النوع السادس : اشتراط البائع نفعا مباحا معلوما ،وهذا عند الحنابلة ومن أمثلته ما لو باع دارا واشترط على المشتري أن يسكنها شهرا [١] .

الشرط الفاسد أو الباطل :

٢١ ـ هو ضربان : أحدهما : ما يفسد العقد ويبطله ، وثانيهما : ما يبقي التصرف معه صحيحاً .

الضرب الأول : ما يفسد العقد ويبطله .

أ ـ ضـابطـه :

٢٢ ـ ضابط هذا الضرب عند الحنفية : اشتراط أمر يؤدي إلى غرر غير يسير أو اشتراط أمر محظور أو اشتراط مالا يقتضيه العقد وفيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه ولا يلائم مقتضى العقد ولا مما جرى عليه التعامل بين الناس ولا مما ورد في الشرع دليل بجوازه .

وضابطه عند المالكية اشتراط أمر محظور أو أمر يؤدي إلى غرر أو اشتراط ماينافي مقتضى العقد .

وضابطه عند الشافعية : اشتراط أمر لم يرد في الشرع أو اشتراط أمر يخالف مقتضى العقد أو اشتراط أمر يؤدي إلى جهالة .

وضابطه عند الحنابلة : اشتراط عقدين في عقد أو اشتراط شرطين في عقد واحد أو اشتراط ما يخالف المقصود من العقد .

ب ـ أنـواعـه :

٢٣ ـ لهذا الضرب سبعة أنواع تؤخذ من ضوابطه :

النوع الأول : اشتراط أمر يؤدى إلى غرر غير يسير ، وهذا النوع ذكره الحنفية والمالكية . ومثاله عند الحنفية ما لو اشترى ناقة على أنها حامل لأنه يحتمل الوجود والعدم ولايمكن الوقوف عليه للحال فكان فى وجوده غرر فيوجب فساد البيع .

ومثل له المالكية بعسب فحل يستأجر على إعقاق الأنثى حتى تحمل فلا يصح لما فيه من الجهالة ولأنه يؤدي إلى غبن صاحب الأنثى إن تعجل حملها وإلى غبن صاحب الفحل إن تأخر الحمل [١] .

النوع الثاني : اشتراط أمر محظور [٢] .

النوع الثالث : اشتراط أمر يخالف الشرع [٣] .

---

(١) مغني المحتاج ٢/٣٣ ط حلب ، وكشاف القناع ٣/١٩٠ ط . النصر ، وفتح الباري ٤/٢٩٩ (ط . البهية) ، وصحيح مسلم (٢/١١٤٣ ط . حلب) .

(١) البدائع ٥/١٦٨ ط . الجمالية ، الدسوقي ٣/٥٨ (ط . الفكر) .

(٢) البدائع (٥/١٦٩ ط . الجمالية) .

(٣) مغني المحتاج ٢/٣٣ (ط . حلب) .

النوع الرابع : اشتراط ما يخالف أو يناقض مقتضى العقد أو ينافي المقصود منه ومثاله ما لو باع دارا بشرط أن يسكنها مدة بطل البيع ، أو شرط أن لايبيعها . لم يصح ، أو تزوج امرأة على أن لاتحل له لم يصح النكاح لاشتراط ما ينافيه (١) .

النوع الخامس : اشتراط ما يؤدي إلى جهالة ، ومن أمثلة هذا النوع ما لو باع شيئا بثمن إلى نتاج النتاج فهذا البيع لا يصح لما فيه من الجهالة في الأجل (٢) .

النوع السادس : اشتراط أحد المتعاقدين على صاحبه عقدا آخر أو اشتراط البائع شرطا يعلق عليه البيع ومثاله كما في كشاف القناع ما لو اشترط عليه سلفا أي سلما أو قرضا بيعا أو إجارة أو شركة أو صرف الثمن أو صرف غيره أو غير الثمن فاشتراط هذا الشرط يبطل البيع كما صرح الحنابلة لكونه من قبيل بيعتين في بيعة المنهي عنه .

والنهي يقتضي الفساد وكقوله بعتك إن جئتني بكذا أو بعتك إن رضي فلان فلا يصح البيع لأن مقتضى البيع نقل الملك

(١) الدسوقي ٣/٣٠٩ ـ ٣١٠ (ط . الفكر) ، المهذب ١/٢٧٥ (ط . حلب) ، كشاف القناع (٥/٩٧ ط . النصر) .

(٢) مغني المحتاج (٢/٢٠ ط . حلب) .

حال التبايع والشرط هنا يمنعه (١) .

النوع السابع : اشتراط مالا يقتضيه العقد وفيه منفعة للبائع أو للمشتري وليس مما جرى به التعامل بين الناس نحو ما إذا باع دارا على أن يسكنها البائع شهراً ثم يسلمها إليه أو أرضا على أن يزرعها سنة أو دابة على أن يركبها شهراً أو ثوبا على أن يلبسه أسبوعاً أو على أن يقرضه المشتري قرضاً أو على أن يهب له هبة أو يزوج ابنته منه أو يبيع منه كذا ونحو ذلك أو اشترى ثوبا على أن يخيطه البائع قميصا أو حنطة على أن يطحنها ونحو ذلك .

فالبيع في هذا كله فاسد كما صرح الحنفية لأن زيادة منفعة مشروطة في البيع تكون ربا لأنها زيادة لايقابلها عوض في عقد البيع وهو تفسير الربا والبيع الذي فيه الربا أو الذي فيه شبهة الربا فاسد (٢) .

الضرب الثاني من ضربي الشرط الفاسد :

٢٤ ـ هو مايبقى التصرف معه صحيحاً إما لأن المشترط أسقطه أو يبقى التصرف معه صحيحاً سواء أسقطه المشترط أو لم يسقطه .

وبهذا يتبين أن هذا الضرب قسمان .

٢٥ ـ أحدهما : ما يحكم معه بصحة

(١) كشاف القناع ٣/١٩٣ (ط . النصر) .

(٢) البدائع ٥/١٦٩ ـ ١٧٠ (ط . جمالية) . مغني المحتاج (٢/٣٣ ط . حلب) . المغني ٤/٩٣ ـ ٩٥ .

التصرف إذا أسقطه المشترط ، وقد ذكره المالكية في أقسام الشرط الباطل . وضابطه عندهم اشتراط أمر يناقض المقصود من البيع أو يخل بالثمن فيه أو يؤدي إلى غرر في الهبة ، فأنواعه على هذا ثلاثة .

النوع الأول : اشتراط أمر ينافي المقصود من البيع كأن يشترط البائع على المشتري أن لا يبيع أولا يهب ، ونحو ذلك فإن هذا الشرط إذا أسقطه المشترط فإن البيع يصح [١] .

النوع الثاني : اشتراط أمر يخل بالثمن بأن يؤدي إلى جهالة فيه بزيادة إن كان شرط السلف من المشتري أو نقص إن كان من البائع كبيع وشرط سلف من أحدهما لأن الانتفاع بالسلف من جملة الثمن أو المثمن وهو مجهول فهذا الشرط إن حذفه المشترط صح العقد [٢] .

النوع الثالث : اشتراط أمر يؤدي إلى غرر ومثاله في الهبة ما لو دفع إلى آخر فرسا ليغزو عليه سنين وشرط الواهب أن ينفق الموهوب له عليه أى الفرس في تلك السنين ثم تكون الفرس ملكا للمدفوع له فلا يجوز ذلك للغرر [٣] .

٢٦ ـ القسم الثاني : ما يحكم معه بصحة التصرف سواء أسقطه المشترط أو لم يسقطه . وهذا القسم يتناول الشروط الباطلة التي تسقط ويصح معها التصرف عند الحنفية والشروط الباطلة التي يصح معها التصرف عند المالكية والشروط الفاسدة التي يصح معها التصرف عند الشافعية والحنابلة ، وقد سبقت ضوابط ذلك .

وأنواعه ما يأتي :

٢٧ ـ النوع الأول : ذكره الحنفية وهو اشتراط مالا يقتضيه العقد ولايلائم مقتضاه ولم يرد شرع ولا عرف بجوازه وليس فيه منفعة لأحد المتعاقدين أو للمعقود عليه من أهل الاستحقاق .

ومثاله كما في البدائع لو شرط أحد المزارعين في المزارعة على أن لايبيع الآخر نصيبه ولا يهبه فالمزارعة جائزة والشرط باطل .

لأن هذا الشرط لا منفعة فيه لأحد فلا يوجب الفساد وهذا لأن فساد البيع في مثل هذه الشروط لتضمنها الربا وذلك بزيادة منفعة مشروطة في العقد لايقابلها عوض ولم يوجد في هذا الشرط لأنه لامنفعة فيه لأحد إلا أنه شرط فاسد في نفسه لكنه لا يؤثر في العقد

---

(١) الدسوقي ٣/٥٩ ـ ٦٦ (ط . الفكر) .

(٢) الدسوقي ٣/٦٦ ـ ٦٧ (ط . الفكر) .

(٣) جواهر الإكليل ٢/٢١٥ (ط . المعرفة) ، التاج والإكليل =

= هامش مواهب الجليل (٦/٦١ ـ ٦٢ ط . النجاح) .

فالعقد جائز والشرط باطل [١] .

النوع الثاني : ذكره المالكية وهو اشتراط البراءة من العيوب أو من الاستحقاق ، فإذا باع عرضا أو حيوانا على البراءة من العيوب ثم اطلع المشتري على عيب قديم فيه كان له رده ولا عبرة بشرط البراءة [٢] .

النوع الثالث : اشتراط ما يخالف أو ينافي مقتضى العقد دون الإخلال بمقصوده وهذا النوع ذكره المالكية والشافعية والحنابلة .

ومن أمثلته عند المالكية ما لو اشترط رب الوديعة على المودع ضمانها فلا ضمان عليه إذا تلفت في محل لا ضمان عليه فيه ، لأن يد المودع يد أمانة فلا يضمن إلا بالتعدي والوديعة من الأمانات فلا يضمن إذا تلفت في هذه الحالة فيلغى الشرط وتصح الوديعة .

ومن أمثلته عند الشافعية ما لوقال : أعمرتك هذه الدار سنة فعلى الجديد لو قال مع قوله : أعمرتكها فإذا مت عادت إليَّ أو إلى وارثي فكذا هي هبة وإعمار صحيح في الأصح وبه قطع الأكثرون كما في الروضة فيلغو ذكر الشرط . ومن أمثلته عند الحنابلة ما لو اشترط أن لاخسارة عليه أو شرط أنه متى نفق المبيع وإلا رده فهذا الشرط لا يبطل البيع [١] .

النوع الرابع : اشتراط أمر يؤدي إلى جهالة أو أمر غير مشروع كما لو باع بقرة وشرط أن تدر كل يوم صاعا فإن ذلك لايصح لعدم القدرة عليه ولعدم انضباطه [٢] .





---

(١) البدائع (٥/ ١٧٠ ط . جمالية) .

(٢) الدسوقي ٣/ ١١٢ .

(١) الخرشي ٤/ ٣٢٨ (ط . بولاق) ، مغني المحتاج ٢/ ٣٠٨ (ط . حلب) ، (كشاف القناع ٣/ ١٩٣ ط . النصر) .

(٢) مغني المحتاج ٢/ ٣٣ ـ ٣٤ .

شَرْعُ مَنْ قَبْلَنَا

التعريف :

١ ـ الشرع ، والشريعة ، والشرعة في اللغة : الطريق الظاهر الذي يوصل منه إلى الماء ، يقال : شرعت الإبل شرعاً وشروعاً : إذا وردت الماء [١].

والشرع في الاصطلاح : ما سنه الله لعباده من الدين وأمرهم باتباعه [٢].

و «من قبلنا» هم الأنبياء المرسلون قبل نبينا إلى الأمم السابقة .

فشرع من قبلنا هو : ما جاء به الرسل من الشرائع إلى الأمم التى أرسلوا إليها قبل مبعث النبي ﷺ [٣].

وحدة الشرائع السماوية :

٢ ـ الشرائع السماوية كلها من مصدر واحد ، وهو الله سبحانه وتعالى ، فهي لهذا متحدة الأصول . فلا تختلف في أصول الدين ، كوحدانية الله ، ووجوب إخلاص العبادة له . والإيمان بالبعث ، والجنة ، والنار ، والملائكة ، وغير ذلك من أصول الدين .

قال الله تعالى لنبيه ﷺ :﴿شرع لكم من الدين ما وصى به نوحا والذى أوحينا إليك وما وصينا به إبراهيم ، وموسى ، وعيسى أن أقيموا الدين ولا تتفرقوا فيه﴾[١].

اختلاف الشرائع في الفروع :

٣ ـ الشرائع السماوية قد تختلف في الأحكام الفرعية حسب اختلاف الزمن والبيئات ، وبسبب ظروف وملابسات خاصة بأمة من الأمم فتحرم بعض أمور على أمة لأسباب خاصة بها .

كما حرم على اليهود بعض أجزاء الحيوان ، قال تعالى : ﴿وعلى الذين هادوا حرمنا كل ذى ظفر ، ومن البقر ، والغنم ، حرمنا عليهم شحومهما إلا ماحملت ظهورهما أو الحوايا أو ما اختلط بعظم﴾ [٢].

ولكن هل نحن متعبدون بفروع شرع من قبلنا من الأمم ؟ اختلف علماء الأصول

---

(١) لسان العرب ، تاج العروس .

(٢) روح المعاني في تفسير قوله تعالى : ﴿لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجاً﴾ إلخ الآية (٤٨) من سورة المائدة . وحاشية الشيخ زادة على تفسير البيضاوي في تفسير الآية المذكورة .

(٣) تحفة المحتاج لابن حجر الهيثمي شرح المنهاج ١/٢٢، نهاية المحتاج ١/٣٢ .

(١) سورة الشورى /١٣ .

(٢) سورة الأنعام /١٤٦ .

والفقه في ذلك .

وهل كان النبي ﷺ يتعبد قبل المبعث بشرع أحد من الأنبياء ؟ منهم من قال : كان يتعبد ، ومنهم من نفى ذلك .

وبناء على هذا الاختلاف الأصولي والكلامي فإن ما هو من الشرائع السابقة إن ورد ما يدل على إقراره فهو شرع لنا وإن ورد ما يدل على نسخه فليس شرعاً لنا بالاتفاق . وإن سكت شرعنا عن إقراره ونسخه فقد اختلف الفقهاء في ذلك .

فذهب الحنفية ، والمالكية ، والحنابلة إلى أنه شرع لنا ، ثابت الحكم علينا ، إذا قصه الله علينا في القرآن من غير إنكار ، ولا تقرير ، فلا نأخذ من أحبارهم ولا من كتبهم [١] .

واحتجوا بقوله تعالى : ﴿وتلك حجتنا آتيناها إبراهيم على قومه﴾ ، إلى قوله : ﴿فبهداهم اقتده﴾ [٢] .

وقوله تعالى : ﴿ثم أوحينا إليك أن اتبع ملة إبراهيم حنيفا﴾ [٣] .

وقالوا : إن هذه الآيات وغيرها تدل على أن شرع من قبلنا من الأنبياء شرع لنا ، وهي وإن لم تكن لازمة لنا بنفس ورودها في تلك الشريعة قبل مبعث النبى ﷺ ، فإنها قد صارت شريعة لنا بورودها على شريعتنا ولزمنا أحكامها . بناء على هذا استدلوا بها على آراء فقهية ذهبوا إليها .

فقد استدل الحنفية بقوله تعالى : ﴿وكتبنا عليهم فيها أن النفس بالنفس﴾ [١] على وجوب قتل المسلم بالذمي ، واستدلوا بقوله تعالى حكاية عن نبي الله صالح عليه السلام ، ﴿قال هذه ناقة لها شرب ، ولكم شرب يوم معلوم﴾ [٢] . على جواز قسم الشرب بالأيام ، لأن الله تعالى أخبر عن نبيه صالح بذلك ولم يعقبه بالنسخ فصارت شريعة لنا مبتدأة [٣] .

واستدل المالكية على جواز الحكم بالأمارة بقوله تعالى : ﴿بل سولت لكم أنفسكم أمرا﴾ [٤] . حكاية عن نبي الله يعقوب عليه الصلاة والسلام ردا على قول إخوة يوسف ﴿إنا ذهبنا نستبق وتركنا يوسف عند متاعنا فأكله الذئب﴾ [٥] .

---

(١) رد المحتار ٦٢/١ ، شرح العناية على الهداية مع فتح القدير ٤٣٧/١ ، الفصول في الأصول ١٩/١ ، تبصرة الحكام ٩٣/٢ ، مطالب أولى النهى ٢٠٦/٤ .
(٢) سورة الأنعام الآيات ٨٣ ـ ٩٠ .
(٣) سورة النحل /١٢٣ .

(١) سورة المائدة /٤٥ .
(٢) سورة الشعراء /١٥٥ .
(٣) بدائع الصنائع ١٨٨/٦ ، ابن عابدين ٣٤٣/٥ .
(٤) سورة يوسف /١٨ .
(٥) سورة يوسف /١٧ .

وبنوا على ذلك أحكاما كثيرة :

منها : لو وجد ميت في دار الإسلام ، وهو غير مختون وعليه زنار فلا يدفن في مقابر المسلمين ، استنادا إلى هذه الأمارة [١] .

وقال الشافعية في القول الأصح عندهم : أن شرع من قبلنا ليس شرعا لنا ، وإن ورد في شرعنا ما يقرره ، وقالوا : إن النبي ﷺ لما بعث معاذا إلى اليمن قال له : (كيف تقضى ؟) فأجابه : أقضي بما في كتاب الله ، قال : (فإن لم يكن في كتاب الله ؟) قال : فبسنة رسول الله ﷺ . قال : (فإن لم يكن في سنة رسول الله ﷺ ؟) قال : أجتهد رأيي [٢] .

ولم يذكر شرع من قبلنا فزكاه النبي ﷺ وصوبه ، فلو كان ذلك من مدارك الأحكام لما جاز العدول إلى الاجتهاد إلا بعد العجز عنه [٣] .

وتفصيل الموضوع وأدلة المختلفين يرجع إليه في الملحق الأصولي .

شرقاء

انظر : أضحية

شِرْك

انظر : إشراك ، اشتراك

---

(١) تبصرة الحكام ٢/٩٣ تفسير القرطبى في تفسير الآية المذكورة .

(٢) حديث معاذ لما بعثه النبي ﷺ إلى اليمن أخرجه الترمذي (٣/٦٠٧ ـ ط الحلبى) وأعله جمع من العلماء بجهالة راو فيه ، وأعلوه كذلك بالإرسال . كذا في التلخيص لابن حجر (٤/١٨٢ ـ ١٨٣ ـ ط شركة الطباعة الفنية) .

(٣) المستصفى ١/٢٥٠ وما بعدها .

الشَّرِكَةُ

التعريف :

١ ـ الشركة بكسر فسكون ، كنعمة أو بفتح فكسر ، ككلمة ـ ويجوز مع الفتح أيضا إسكان الراء ـ اسم مصدر شرك ، كعلم : يقال : شرِك الرجل الرجلَ في البيع والميراث يشركه شركا وشركة ، خلط نصيبه بنصيبه ، أو اختلط نصيباهما . فالشركة إذن : خلط النصيبين واختلاطهما ، والعقد الذي يتم بسببه خلط المالين حقيقة أو حكما ـ لصحة تصرف كل خليط في مال صاحبه ـ يسمى شركة تجوزا ، من إطلاق اسم المسبب وإرادة السبب .

وأما في الاصطلاح الفقهي : فالشركة قسمان : شركة ملك وشركة عقد [١] .

أما شركة العقد فسيأتي الكلام عليها في قسمها الخاص بها :

وأما شركة الملك فهي أن يختص اثنان فصاعداً بشيء واحد ، أو ما هو في حكمه . .

(١) رد المحتار ٢ / ٣٤٣ . والمغني ٥ / ٣

والذي في حكم الشيء الواحد هو المتعدد المختلط بحيث يتعذر أو يتعسر تفريقه لتتميز أنصباؤه . سواء في ذلك العين والدين وغيرهما . فالدار الواحدة ، أو الأرض الواحدة ، مثلا تثبت فيها شركة الملك بين اثنين إذا اشترياها أو ورثاها أو انتقلت إليهما بأي سبب آخر من أسباب الملك ، كالهبة والوصية والصدقة . وكذلك الإردبان من القمح أو أحدهما من القمح والآخر من الشعير ، أو الكيسان من الدنانير ذات السكة الواحدة ، يخلطان معا طواعية أو اضطرارا ـ كإن انفتق الكيسان المتجاوران .

وقد أنكر بعضهم وقوع شركة الملك في الديون ، لأن الدين وصف شرعي في الذمة ، فلا يملك ـ وتمليكه ممن هو عليه ، هو في حقيقة الأمر ، إسقاط لا تمليك .

ولكن الحق أنه يملك ، قالوا : بدليل أن ما يقبضه أحد الدائنين عن حصته من الدين المشترك يكون مشتركا بين الدائنين ، حتى ليتعذر التخلص من هذه الشركة إلا بإعمال الحيلة ـ كأن يهب المدين لقابض قدر نصيبه ما قبضه ، ويبرئه القابض من حصته في الدين .

أما غير الدين والعين ، فكحق صاحبي الدار في حفظ نحو الثوب تلقيه فيها الريح ـ

فإنه حق مشترك بينهما شركة ملك ، إذ يملكه كلاهما .

وليس يخالف أحد من أهل الفقه خلافا يذكر في ثبوت شركة الملك ، على هذا النحو الذي ذكره الحنفية ، وإن لم يصرح بعضهم باسمها بل يتعمد كثير منهم أن يجمعوها في تعريف واحد مع شركة العقد ، كما فعل بعض الشافعية ، إذ عرف الشركة مطلقا بأنها : (ثبوت الحق في شيىء لاثنين فأكثر على جهة الشيوع) . وبعض المالكية إذ عرفها كذلك بأنها : (تقرر متمول بين مالكين فأكثر) [1] .

تقسيم شركة الملك :

أولا : إلى شركة دين ، وشركة غيره .

٢ ـ أ ـ فشركة الدين : أن يكون الدين مستحقا لاثنين فأكثر : كمائة دينار في ذمة تاجر تجزئة لأصحاب (الشركة) التي يعاملها .

ب ـ وشركة غير الدين : هي الشركة الحاصلة في العين أو الحق أو المنفعة : كما هو الحال بالنسبة للسيارات أو المنسوجات أو . . . المأكولات في المتجر المشترك ، وبالنسبة لحق شفعة الشريكين فيما باعه ثالثهما ، وحق سكنى الدار أو زراعة الأرض لمستأجريها على الشيوع ولا خلاف لأحد من فقهاء المذاهب في صحة هذا التقسيم [1] .

ثانيا ـ إلى اختيارية ، واضطرارية (جبرية) :

٣ ـ أ ـ فالاختيارية : هي التي تكون بإرادة الشريكين أو الشركاء : سواء بواسطة عقد أم بدونه ، وسواء وقع العقد مشتركا منذ بدايته ، أم طرأ عليه اشتراكهما ، أم طرأ الاشتراك في المال بعد العقد .

فمثال ما كان بواسطة عقد مشترك منذ البدء ، ما لو اشترى اثنان دابة للجر أو الركوب ، أو بضاعة يتجران فيها . وكالشراء قبول هبة شيىء من ذلك ، أو غيره ، أو الوصية أو التصدق به .

ومثال ما كان بواسطة عقد طرأ اشتراكه أو اشتراكه في المال بعده ، أن يقع الشراء أو قبول الهبة أو الوصية من واحد ، ثم يشرك معه آخر ، فيقبل الآخر الشركة ـ بعوض أو بدونه .

ومثال ما كان بدون عقد ما لو خلط اثنان

---

(١) فتح القدير ٥ / ٣ ، ورد المحتار ٣ / ٣٤٣ ، والخرشي ٤ / ٢٥٤ ، والشرقاوي على التحرير ٢ / ١٠٩ ، المغني ٥ / ١٠٩ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢١١ ، وحواشي التحفة ٢ / ٢٠٩ ، وحواشي العراقي على تحفة ابن عاصم ٢ / ٢١٠ .

(١) رد المحتار ٣ / ٣٤٣ ، وفتح القدير ٥ / ١٢ ـ ١٤ ، وتنوير الأبصار وشروحه ٣ / ٣٦٢ ـ ٣٦٣ ، والفواكه الدواني ٢ / ١٧١ ، ونهاية المحتاج ٥ / ١٤ ، ومطالب أولي النهى ٣ / ٥٠٩ .

ماليهما ، وما لو اصطاد اثنان صيدا بشرك نصباه ، أو أحييا أرضا مواتا .

ب ـ والاضطرارية ، أو الجبرية : هي التي تكون دون إرادة أحد من الشريكين أو الشركاء : كما لو انفتقت الأكياس ، واختلط ما فيها مما يعسر ـ إن لم يتعذر ـ فصل بعضه عن بعض لتتميز أنصباؤه ، كبعض الحبوب . أما إذا وقع الخلط بفعل أحد الشركاء ، دون إذن باقيهم ، فقد قال ابن عابدين : إن الخالط يملك ما خلطه بمال نفسه ، ويكون مضمونا عليه بالمثل لتعديه ، أي فلا شركة [1] .

وهذا الذي تقدم لا خلاف فيه إلا في مثل مسألة : تملك شخص : مال غيره بمجرد الاستبداد بخلطه بمال نفسه ، بحيث لا يتميزان ، أو يشق ويعسر تمييزهما ، فقد قال الحنفية : إنه يملكه بذلك ويثبت في ذمته للآخر بدله ، وقال بذلك ابن القاسم ، ومعه جماهير المالكية ، والقاضي من الحنابلة ، وقال : إنه قياس المذهب ، وهو أحد أقوال الشافعي اعتمده أكثر المتأخرين من أصحابه ، بعد أن قيدوه في الأوجه بامتناع التصرف فيما ملك بالخلط ، حتى يؤدي بدله لصاحبه ، لأن الذي ملكه

(١) رد المحتار ٣ / ٣٤٤ ، والإتحاف بأشباه ابن نجيم ٤٤٨ .

كذلك ، لو كان ملكه بمعاوضة رضائية لم يجز له التصرف فيه حتى يرضى صاحبه بذمته ، فأولى إذا ملكه بدون رضاه .

ومن فقهاء المذاهب الثلاثة ، من ينكر هذا التملك القسري ، ويجعل المال مشتركا : كما هو أحد أقوال الشافعي ، واختاره التقي السبكي ، وأطال في الانتصار له ، وعليه أشهب من المالكية ، وجماهير متأخري الحنابلة [1] .

أحكام شركة الملك :

٤ ـ الأصل أن كل واحد من الشريكين أو الشركاء في شركة الملك أجنبي بالنسبة لنصيب الآخر . لأن هذه الشركة لا تتضمن وكالة ما ، ثم لا ملك لشريك ما في نصيب شريكه ، ولا ولاية له عليه من أي طريق آخر . والمسوغ للتصرف إنما هو الملك أو الولاية [2] وهذا ما لا يمكن تطرق الخلاف إليه .

ويترتب على ذلك مايلي :

٥ ـ ١ ـ ليس لشريك الملك في نصيب شريكه شيء من التصرفات التعاقدية :

(١) نهاية المحتاج وحواشيها ٥ / ١٤ ، ١٨٤ و١٨٧ ، وبلغة السالك ٢ / ١٦٥ و٢١٣ ، ٣١٩ ، ٣٢٠ ، وبداية المجتهد ٢ / ٣١٩ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢٩٢ ، والشرقاوي على التحرير ٢ / ١٠٩ ، والمغني لابن قدامة ٥ / ٤١٠ ، ومطالب أولي النهى ٣ / ٤٩٤ .

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٦٥ ، ورد المحتار ٣ / ٣٤٣ .

كالبيع ، والإجارة ، والإعارة وغيرها ، إلا أن يكون ذلك بإذن شريكه هذا . فإذا تعدى فآجر ، مثلا ، أو أعار العين المشتركة فتلفت في يد المستأجر أو المستعير ، فلشريكه تضمينه حصته وهذا أيضا مما لا خلاف فيه [١] .

٦ ـ ٢ ـ لكل شريك في شركة الملك أن يبيع نصيبه لشريكه ، أو يخرجه إليه عن ملكه على أي نحو ، ولو بوصية ، إلا أن المشترك لا يوهب دون قسمة ، ما لم يكن غير قابل لها . وسيأتي استثناء حالة الضرر . هكذا قرره الحنفية . وهو في الجملة محل وفاق ـ إلا أن هبة المشاع سائغة عند جماهير أهل العلم بإطلاق : كما قرره المالكية والشافعية والحنابلة .

والحنفية على أن هبة المشاع لا تجوز ـ بمعنى عدم إثبات ملك ناجز ـ فالهبة صحيحة ، ولكن يتوقف الملك على الإفراز ثم التسليم [٢] .

٧ ـ ٣ ـ ذهب الحنفية والشافعية إلى أن للشريك أن يبيع نصيبه لغير شريكه ـ في غير حالة الضرر الآتية ـ بدون إذن منه ، واستثنى الحنفية حالة واحدة : هي حالة اختلاط المالين دون شيوع ـ لبقاء كل مال على ملك صاحبه ، وإن عسر تمييزه ، أو تعذر : سواء كان اختلاطا عفويا ، أم نتيجة خلط مقصود من جانب الشركاء .

ففي هذه الحالة : أي حالة اختلاط المالين دون شيوع : لابد من إذن الشريك لشريكه ليصح بيعه لغيره ، ما دام المال شركة بينهما لم يقسم بعد [١] .

وسر التفرقة في الحكم بين هذه الحالة ، حيث تتوقف صحة البيع لغير الشريك على إذنه ، وبين غيرها ، حيث لا يوجد هذا التوقف ، أنه في حالة شيوع المال بين الشريكين ـ بسبب إرثهما إياه ، أو وقوع شركتهما فيه بسبب آخر يقتضي هذا الشيوع : كشرائهما إياه معا ، أو إشراك أحدهما صاحبه فيه بحصة شائعة ـ يكون كل جزء في المال المشترك ـ مهما دق وصغر ـ مشتركا بين الشركاء ، وبيع النصيب الشائع جائز للشريك ولغيره ، إذ لا مانع من تسليمه ، وتسلمه فإن الإفراز ليس من شرائط التسليم ـ ومن ثم فلا نزاع في صحة

---

(١) المادة ١٠٧٥ من المجلة ، وحواشي تحفة ابن عاصم ٢ / ٢١٦ ، ونهاية المحتاج ٥ / ٢ ، ١٨٥ ، ومطالب أولي النهى ٣ / ٤٩٤ .

(٢) رد المحتار ٣ / ٣٤٦ ، وفتح القدير ٧ / ١٢٣ ، والعناية على الهداية ٧ / ١٢١ ، بداية المجتهد ٢ / ٣٢٩ ، البجيرمي على المنهج ٣ / ٢١٦ .

(١) رد المحتار ٣ / ٣٤٦ ، ٣٦٧ ، ومغني المحتاج ٢ / ١٣ ، وحاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٥ / ٨٣ .

بيع الحصة الشائعة فيما لا يقبل القسمة ذاتا كالدابة ، والبيت الصغير إلا أنه إذا سلم البائع العين المشتركة كلها ، دون إذن شريكه ، كان كالغاصب ، والمشتري منه كغاصب الغاصب ، بالنسبة لحصة الشريك الذي لم يبع : حتى إذا تلفت العين كان للذي لم يبع حق الرجوع بضمان حصته على أي الشخصين شاء : البائع أو المشتري ، ثم إذا رجع على المشتري ، يرجع المشتري على البائع .

ـ أما النصيب غير الشائع في شركة الملك ، فباق على ملك صاحبه ـ إلا أنه التبس بغيره أو تعسر فصله . وهذا الالتباس أو التعسر لا يمنع القدرة على تسليمه إلى الشريك ، إذا باعه إياه ، ولكنه يمنع هذه القدرة وينافيها إذا باع النصيب لأجنبي عن الشركة ، دون إذن شريكه ، إذ لا يمكن تسليمه أو تسلمه ، إلا مخلوطا بنصيب هذا الشريك ، فيتوقف على إذنه [1] .

وقال القرافي المالكي في الذخيرة : (إذا كانا شريكين في حيوان مثلا بميراث أو غيره لا يجوز لأحدهما أن يتصرف إلا بإذن شريكه : فلو باع نصيبه وسلم الجميع للمشتري بغير إذن شريكه ، كان ضامنا على مقتضى القواعد . لأن أحسن أحواله أن يكون كالمودع في الأمانة ، وهذا إذا وضع يد الأجنبي يضمن لتعديه ، ولا يلزم عدم صحة البيع ، لعدم قدرته على التسليم : لأنه إن كان شريكه حاضرا ، سلم البيع له ، وتقع الخصومة بينه وبين المشتري ، او غائبا ، رفع أمره إلى الحاكم ، ويأذن له في البيع ووضع مال الغائب تحت يده) [1] .

حالة الضرر :

٨ ـ بيع الحصة الشائعة في البناء أو الغراس ، أو الثمر أو الزرع ، لا يجوز . ويعنون بيع الحصة في ذلك منفردة عن الأرض التي هي فيها .

أما بالنسبة للبناء والغراس : فإنه إن شرط هدم البناء ، وقلع الغراس ، فلا يتأتى دون هدم وقلع حصة الشريك الذي لم يبع ـ لمكان الشيوع ـ وذلك ضرر لا يجوز . ولأن شرط بقائهما إنما هو شرط منفعة لأحد المتعاقدين زائدة عن مقتضى البيع ، فيكون شرطا فاسدا في نفسه ، ومفسدا للعقد أيضا ، لمكان الربا ، إذ هي زيادة عرية عن العوض [2] .

---

(١) البهجة على التحفة ٢ / ٢١٦ .

(١) حواشي نهاية المحتاج ٥ / ٨٣ ، ومغني المحتاج ٢ / ١٣ ، وحواشي تحفة ابن عاصم ٢ / ٢١٦ .

(٢) الدر المختار مع ابن عابدين ٣ / ٣٤٥ .

وأما بالنسبة للثمر أو الزرع : فإذا لم يبلغ أو ان قطعه فبدون إذن الشريك لا يصح بيع الحصة لأجنبي ، للحوق الضرر به حيئذ ، إذ سيطالب المشتري بقطع ما اشتراه ، ولا سبيل إليه إلا بقطع حصة هذا الشريك [١] .

٩ ـ(٤) ذهب الفقهاء إلى أنه في حضور الشريك ، لا ينتفع شريكه الآخر بالمال المشترك إلا بإذنه ، لأنه بدون الإذن يكون غصبا ، ويدخل في الإذن : الإذن العرفي .

فإذا ركب الشريك الدابة المشتركة ، أو حمل عليها ، بدون إذن شريكه فتلفت أو هزلت ونقصت قيمتها ، ضمن حصة شريكه في حال التلف ، وضمن نقص قيمتها في حالة الهزال .

وإذا زرع الأرض المشتركة ، أو بنى فيها ، وشريكه حاضر ، دون إذن منه ، طبقت أحكام الغصب : فتنقسم الأرض بينهما ، وعليه قلع ما وقع في نصيب شريكه ، وضمان نقص أرضه . إلا أن يكون الزرع قد أدرك أو كاد ، فليس عليه حينئذ إلا ضمان نقصان الأرض ، دون قلع الزرع وليس للشريك الآخر أن يدفع إلى الذي زرع الأرض المشتركة نصف البذر ، على أن يكون الزرع بينهما لأنه بيع معدوم إن كان الزرع لم ينبت بعد ، وإلا فلا بأس بذلك ، كما أنه ليس له أيضا أن يصر على قلع الزرع متى كانت القسمة ممكنة .

وهنا للشافعية ضابط حسن : الشريك أمين إن لم يستعمل المشترك ، أو استعمله مناوبة ـ لأنها إجارة فاسدة ـ وإلا : فإن استعمله بإذن شريكه فعارية ، أو بدون إذنه فغصب . ومن الاستعمال حلب الدابة اللبون [١] .

١٠ ـ(٥) في حالة غيبة الشريك أو موته ، يكون لشريكه الحاضر أن ينتفع بالمشترك انتفاعا لا يضر به [٢] .

١١ ـ(٦) ذهب الحنفية إلى أنه إذا احتاج المال المشترك إلى النفقة ـ سواء للتعمير ، أم لغيره ـ كبناء ما تخرب ، وإصلاح ما وهى ، وإطعام الحيوانات ، ولكن نشب النزاع بين الشركاء : فأراد بعضهم الإنفاق ، وأبى الآخرون ـ ففي الحكم تفصيل ، لأن المال إما قابل للقسمة أو غير قابل :

أ ـ ففي القابل للقسمة : كالدار

(١) رد المحتار ٣ / ٣٤٦ ، ومغني المحتاج ٢ / ١٨٩ ، والبهجة على التحفة ٢ / ٢٠٩ ، ٢١٦ .

(١) المراجع السابقة ، والشرقاوي على التحرير ٢ / ١١٣ .

(٢) ملا مسكين على الكنز ٢ / ٢٠٨ ، والعناية على الهداية ٨ / ٣٨٠ ومغني المحتاج ٢ / ١٨٩ . والبجيرمي على المنهج ٣ / ١٥ ، الخرشي ٤ / ٢٧٨ ، والمغني ٥ / ٣٦ .

الفسيحة ، والحوانيت المعدة للاستغلال والحيوانات المتعددة ، لا إجبار على الممتنع ، ولكن يقسم المال ليقوم باصلاح ماله والإنفاق عليه من شاء ـ اللهم إلا أن يكون الممتنع ، على خلاف المصلحة ، وصيا أو ناظر وقف (كما في دار مشتركة بين وقفين مثلا) فإنه يجبر ، لأن تصرفه منوط بالمصلحة .

ب ـ وإن لم يكن المال المشترك قابلا للقسمة ، أجبر الشريك على المشاركة في النفقة ، لأن امتناعه مفوت لحق شريكه في الانتفاع بماله وذلك كما في نفقة دابة واحدة ، أو كري نهر ، أو مرمة قناة أو بئر ، أو إصلاح آلة ري ، أو سفينة ، أو حائط لا ينقسم لضيق عرصته (موضع بنائه) أو لحمولة عليه ، إلا أن تكون الحمولة كلها لغير طالب العمارة إلا أن متأخري الحنفية مالوا إلى القول : بأن الجدار الواسع العرصة ملحق هنا بما لا ينقسم ؛ لتضرر الشريك فيه بعدم المشاركة في إصلاحه وترميمه .

والمالكية يوافقون الحنفية موافقة تكاد تكون تامة ، ويزيدون أن الشريك إذا أصر على الامتناع ، فإن القاضي يبيع عليه حصته كلها لمن يقوم بالنفقة اللازمة . ولم يجتزئوا ببيع ما يكفي لسداد هذه النفقة ، منعا لضرر تكثير الشركاء ، ولا بإجبار الشريك القادر على النفقة وحده ، دون لجوء إلى البيع (كما لم يلجأوا إليه في الحصة التي هي وقف ، ومنعوه إذا كان ثمت ما يغني عنه : من ريع لها متجمع ، أو أجرة متاحة بسبب وجود راغب في الاستئجار بأجرة معجلة مثلا) مع أنه قد قيل عندهم بكل من هذا وذاك . أما حيث لا يوجد ما يغني في الحصة الموقوفة عن البيع ، فإنها تباع كلها ـ كغير الموقوفة ـ منعا لكثرة الأيدي ، كما استدركه النفراوي على بعض شراح خليل ، ولم يجعلوا الوقف مانعا من البيع إلا إذا كان المشترك جميعه وقفا ، وحينئذ يقوم الطالب بالنفقة اللازمة ، ثم يستوفي ما يخص الحصة الأخرى من غلتها .

ومع ما تقدم فإن المالكية لا يرون إجبار الشريك إذا امتنع عن الإصلاح الذي ليس فيه نفع محقق : وقد مثلوه بإصلاح العيون والآبار ـ حتى لقد رفضوا قول من قال منهم بالإجبار إذا كان على هذه العيون أو الآبار زرع ، أو شجر فيه ثمر مؤبر . ورأوا أن يقوم بالإصلاح الشريك الذي يريده ، ثم يحول بين الشريك الممتنع وبين كمية الماء الزائدة ـ التي نتجت من عملية الإصلاح إلى أن يستوفي منه مايخصه من النفقات ، ولو ظل كذلك الدهر كله .

نعم سياق كلام المالكية هنا في غير الحيوان ، (لكنهم نصوا ـ في موضعه ـ على مايفيد أن الحيوان لا يختلف حكمه) : ذلك

أنهم جعلوا للقاضي السلطة نفسها إذا كان الحيوان ملكا خاصا ، وامتنع مالكه عن الإنفاق عليه ـ غاية الأمر أنهم زادوا إعطاء المالك خيار ذبح ما يجوز ذبحه من الحيوان حتى إذا رفض هذا وذاك أيضا ناب عنه القاضي [١].

وذهب الشافعية والحنابلة في نفقة الحيوان المشترك إلى نحو ما تقدم عن الحنفية والمالكية .

أما في غير الحيوان ، فلكل من الشافعي وأحمد قولان : قول بإجبار الشريك على التعمير والإنفاق مع شريكه ، دفعا للضرر ، وصيانة للأملاك عن التعطيل ، وهذا هو الذي اعتمده الحنابلة وكثير من الشافعية : كالغزالي وابن الصلاح . وقول بعدم الإجبار لأن الممتنع يتضرر بالنفقة أيضا ، والضرر لا يزال بالضرر ، مع أنه قد يكون له عذر ، أو وجهة نظر ، ثم كل ما ليست له روح . . فليست له في نفسه حرمة يستحق الإنفاق من أجلها ، ولا في تعطيله إضاعة مال محرمة شرعا ، إذ لا يعدون الترك من هذه الإضاعة ، بل لابد من فعل إيجابي : كأن يقذف الشخص بمتاعه إلى البحر . وهذا هو الذي اعتمده الشافعية ، وقال ابن قدامة : إنه أقوى دليلا ، وإن كان الجوري من الشافعية يستثني النبات ويلحقه بالحيوان . ومن الشافعية من جمع بين القولين ، بأن الأمر يوكل إلى القاضي : فإن لم ير من الشريك الممتنع إلا العناد أجبره ، وإلا فلا [١] .

(١) ابن عابدين ٣ / ٣٦٦ ، والخرشي ٤ / ٣٧٢ ، وبلغة السالك ٢ / ١٧٣ ـ ١٧٤ ، والفواكه الدواني ٢ / ١٠٨ ـ ١٠٩ .

(١) الشرقاوي على التحرير ٢ / ٣٤٧ ، ٣٤٨ دليل الطالب ٢٥٠ ـ ٢٥١ ومغني المحتاج ٢ / ١٩٠ ، والمغني لابن قدامه ٥ / ٤٥ ، ٤٩ ، ٥٠ .

رجوع الشريك على شريكه بما أنفق :

١٢ ـ ذهب الحنفية إلى أنه إذا استقل بالنفقة أحد الشريكين فيما ينقسم ، دون إذن شريكه ، فمتبرع لا رجوع له على شريكه بما أنفق ـ لا مثلا ولا قيمة ، لأن له بالقسمة مندوحة عن ذلك . إلا أنهم ذكروا أنه لو خاف تلف المال المشترك ، أو نقصانه ، إذا لم ينفق عليه لنقله من مكانه ـ كما لو تعطلت الشاحنة بالمال المشترك في مكان مخوف ، كبادية مثلا ـ فإنه ينفق على نقله ، ويرجع بما أنفق على شريكه .

أما فيما لا ينقسم : فقد أطلق ابن نجيم في « الأشباه » القول برجوع المنفق على شريكه ، وأنه ـ إن أمكن ـ يؤجر العين ويستوفي من أجرتها مثل النفقة التي أنفقها ـ إن كان قد أنفق بإذن القاضي ـ أو قيمة

ما أجراه من أوجه الإصلاح إن لم يكن بإذن القاضي [١] .

والشريك الذي يستقل بالإنفاق على المشترك ، دون إذن شريكه ودون إذن من القاضي ، لا يستحق الرجوع على شريكه بشيء مما أنفق ، عند الشافعية لأنه حينئذ متبرع ، حتى في موضع الإجبار على المشاركة في النفقة ، قياسا على الذي يقضي دين غيره بغير إذنه ، وهو كذلك أيضا عند الحنابلة ، إلا في حالة الإجبار على المشاركة ، إذا أنفق الشريك بقصد الرجوع على شريكه ، بناء على إحدى الروايتين عندهم في الذي يقضي دون غيره بغير إذنه - أعني رواية استحقاقه الرجوع .

وقال المالكية : لو عمر أحد الشركاء الرحى المشتركة بإذن شركائه أو مع سكوتهم استحق الرجوع بحصصهم مما أنفقه في ذممهم ، وإن كان إنفاقه مع إبائهم فلا يستحق الرجوع بشيء في ذممهم ولكن يستوفي من الغلة ثم ما يفضل من الغلة فهو لهم جميعا [٢] .

الدين المشترك :

١٣ - هو كل دين وجب بسبب واحد لشريكين فأكثر . كما لو باع الشريكان دارا مشتركة بينهما بعقد واحد دون تحديد ثمن لكل منهما ؛ أما لو تعددت الصفقة الموجبة للدين حقيقة ، أو حكما اختلف السبب ، وانتفى الاشتراك في الدين : وذلك كالدين الذي استحق على مشتر واحد ثمنا لعين واحدة كدار ، أو قطعة أرض يملكها اثنان مادام كل منهما قد باع نصيبه بعقد مستقل ، وإن أخذا على المشتري بعد ذلك صكا واحدا بجميع الدين . فهذا دين غير مشترك ، لأنه وجب بسببين . لا بسبب واحد حقيقة وحكما ، برغم اتحاد المبيع والمشتري والصك . فلا سبيل لأحد البائعين على الآخر ، إذا تقاضى من الدين شيئا .

ومن الدين المشترك أيضا كل دين وجب بسبب واحد لشريكين فأكثر . وهو ما كان عوضا عن مالين غير مشتركين ، إلا أنه استحق عنهما بصفقة واحدة : كدار لهذا ودار لذاك ، باعاهما معا في عقد واحد بثمن إجمالي لهما ، دون أن يميز فيه ثمن كل على حدة ، لا ببيان مقدار - كستمائة لهذا وأربعمائة لذاك - ولا بتحديد صفة ، كنقود فضية لهذا وذهبية لذاك ، لأن مثل هذا

---

(١) رد المحتار ٣ / ٣٦٤ - ٣٦٦ - ٣٦٧ .

(٢) رد المحتار ٣ / ٣٦٧ - ٣٦٨ ، والخرشي ٤ / ٢٧٣ - ٢٧٤ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢١٠ ، والمغني لابن قدامة ٥ / ٤٧ ، ٨٨ .

التمييز ينـافي اتحاد الصفقة : بدليل أن للمشتري حينئذ أن يقبل البيع في نصيب واحد ، ويرفضه في نصيب الآخر ، معتذرا بأن هذا الثمن أو ذاك الوصف لا يناسبه . ويترتب على عدم اتحاد الصفقة أن لا يكون الدين مشتركا . إلا أنه في حالة التمييز ببيان تفاضـل الاستحقاقين ، إذا زال التفاضل باستيفاء الزيادة عاد الدين مشتركا .

وزاد صاحب النهاية أنه ينبغي اشتراط أن لا يكـون التمييز في المقـدار أو الصفة قائما أصلا ، وإن لم يتعرض له في العقد [١] .

قبض الدين المشترك :

١٤ ـ ذهب الحنفية والشافعية ، والحنابلة في رواية ، وهو مقتضى مذهب المالكية إلى أن كل دين مشترك بين اثنين مثلا ، إذا قبض أحـدهمـا منـه شيئا ـ ولو كان المؤدي كفيل المدين ، أو محالا عليه من قبله فهو مقبوض عن الـدين المشـترك ، فيكـون مشـتركـا ، ولـلذي لم يقبض ـ ويسـمـونـه الشريك السـاكت ـ أن يرجع على القابض ، بنسبة حصته في الدين ، كما أن له أن يترك للقابض ما قبض ليتملكه ، ويرجع هو بحصته فيه على المدين رجوعا مقيدا بعدم التوى ، حتى إذا تويت على المدين ، كأن مات مفلسا ، عاد بها على القابض ، إذ لم يسلم له ما كان يرجو سلامته ، وشرط السلامة في مثله مفهوم عرفا .

وسـواء في ذلـك كله كان الـدين دين معاوضة كألف هي ثمن دار بين الشريكين ، أم دين إتـلاف ، كما لو كانت الألف قيمة زرع لهما ضمنه قالعه أو محرقه ، أم غيرهما ، كما لو كانت ميراثا ورثاه عن مورث واحد ، أو بدل قرض أقرضاه من مال مشترك بينهما .

أمـا أن ما يقبضـه أحد الشريكين يعتبر مقبـوضـا عن الـدين المشـترك ، فذلك أنه لا يمكن أن يكـون مقبـوضـا عن حصـة القابض وحده ، إلا إذا وقعت قسمة الدين بين الدائنين ، وهذا لم يحصل ، ولا يمكن أن يحصل ، لمعنيين :

١٥ ـ أولهما : أن ما في الذمة لا يمكن تمييز بعضـه من بعض . وهـذه هي حقيقـة القسمة ، فلا تتصور في الدين إذن .

ثانيهـما : أن القسمة لا تخلو من معنى المعـاوضـة ، لأن كل جزء فرضنـاه في المال المشـترك ، مهـما صغـر ، فهـو مشـترك بين الشريكين . فلو صححناها بالنسبة للدين الذي في الذمة ، لكان معنى ذلك أن كلا من الشريكين اشترى ما وقع في نصيبه من

---

(١) تبيين الحقـائق ٥ / ٤٥ ، والعناية على الهداية مع فتح القدير ٧ / ٤٧ .

ملك صاحبه في الدين ، بما تركه له من ملكه هو ، وهذا ممتنع ، لأنه من قبيل بيع الدين لغير من هو عليه .

وأما أن للشريك الساكت (الذي لم يقبض) أن يرجع على المدين ، فلأن دينه في ذمة هذا المدين ، وليست لهذا المدين ولاية دفعه لغيره ، فلا يسقط بهذا الدفع [1] .

إلا أنه إذا رجع الشريك على القابض ابتداء ، كان عين حقه فيما قبض ، لأن الدين لا يتعين إلا بالقبض : فليس للقابض أن يمنعه منه ، ويعطيه من غيره ـ سواء كان المقبوض مثل الدين أم أجود أم أردأ ؛ لأنه ما دام الجنس واحدا فاختلاف الوصف بالجودة والرداءة لا ينافي أن القبض عن الدين : ولذا يجبر الدائن على قبول الأجود ، فإذا فات المقبوض عند القابض بسبب ما كضياع ، أو تلف ، أو دفعه للغير في معاوضة ، أو ضمان ، أو تبرع ، فإنه ـ في غير حالة تلفه بيد القابض دون تعد منه ـ يكون قد فوت على شريكه حصته فيه ، ومن حق هذا الشريك إذن أن يضمنه إياها . وفي حالة عدم التعدي لا تضمين ، ولكن يكون الفوات كله على القابض ، ونصيب الشريك الساكت في الدين يظل كاملا في ذمة المدين .

أما إذا رجع الشريك على القابض بعد تواء حقه عند الغريم (المدين) فليس له إلا مثل هذا الحق في ذمة القابض ، دينا كسائر الديون ، لأنه كان قد أسقط تعلق حقه بعين المقبوض ، إذ خلّى بين القابض وبين تملكه ، وعدل إلى مطالبة الغريم [1] .

ثم بعد أن يقبض الشريك حصته في المقبوض من القابض ، يكون ما بقي في ذمة المدين بينهما ـ كل بقدر ما بقي له ، وهي نفس نسبة حقيهما في الدين الأصلي .

هذا الحكم ، أعني كون ما يقبضه أحد الشريكين من الدين شركة بينهما أطلقه أبو حنيفة : سواء أجل أحد الشريكين حصته في الدين أم لم يؤجل ، لأن هذا التأجيل من أحدهما لغو عنده ، اذ هو يتضمن القسمة ـ بدليل أن الحال غير المؤجل ، وصفا كما هو ظاهر ، وحكما ، لامتناع المطالبة بالمؤجل دون الحال .

وذهب أبو يوسف وهو رواية عن محمد إلى أن التأجيل يمنع المطالبة فإن أجل أحدهما

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٦٥ ، وتبيين الحقائق ٥ / ٤٦ ، والفتاوى الهندية ٢ / ٣٤٠ ، ونهاية المحتاج ٥ / ١٤ ، والخرشي على خليل ٤ / ٤٠٤ ، ومغني المحتاج ٤ / ٤٢٦ ، والشرح الكبير مع المغني ٥ / ١٢٤ .

(١) الفتاوى الهندية ٢ / ٣٣٧ ، والأتاسي على المجلة ٤ / ٤٢ ، وبدائع الصنائع ٦ / ٦٥ ـ ٦٦ .

نصيبه استقل القابض بما قبض خلال الأجل إلى أن يحل ، لأن الأجل يمنع المطالبة . ذلك أن هذا التأجيل صحيح عندهما ، إذ هو تصرف المالك في خالص ملكه ، فينفذ قياسا على الإبراء ، بل ليس هو إلا إبراء مؤقتا ، فيعتبر بالمطلق . فإذا حل الأجل ، اعتبر كأن لم يكن ، ثم إن كان الشريك الآخر قد قبض من الدين شيئا رجع عليه هذا بحصته فيه ، إن كانت باقية ، وإلا ضمنه إياها .

وعند الحنابلة لمن أخر حصته من الدين الحال أن يشارك من لم يؤخر فيما يقبضه من الدين ، واستثنوا ما إذا كان القبض بإذن الشريك ، وتلف المقبوض ، ولم يحل الأجل بعد [١] .

والذي يؤخذ من تقرير ابن رجب في قواعده لمذهب الحنابلة ـ وهو الذي اختاره ابن تيمية ـ أنهم يجعلون ما يقبضه أحد الشريكين له خاصة ، بل منهم من نص على ذلك بصريح العبارة ، كما فعل القاضي [٢] .

ما يقوم مقام القبض : (ما يعادل الوفاء) :

١٦ ـ هناك أشياء تعادل الوفاء بالدين ، كلا أو بعضا . إلا أن هذه منها ما يقوم مقام القبض من دائن بعينه ، لأنه اقتضاء للدين معنى : كما لو سقط الدين عن ذمة مدينه بطريق المقاصة بدين له لاحق ـ كأن باع المدين الدائن ، أو آجره ، أو أقرضه شيئا ، أو صالحه عن دينه بشيء ما ، أو رهنه به رهنا فتلف عنده ، أو أتلف له الدائن شيئا ، أو غصبه إياه فهلك عنده ، أو فوت عليه عينا اشتراها منه شراء فاسدا ، بتلفها أو خروجها من يده .

ومنها ما يقوم مقام الإقباض والقضاء ، لا القبض والاقتضاء : كما لو سقط الدين عن ذمة المدين بدين له سابق ، إذ القاعدة : أن الدينين إذا التقيا قصاصا يكون الثاني قضاء للأول ، لأن الأول كان واجب القضاء قبله ـ كما لو اشتريت منه شيئا وقبضته ، ثم أتلفه عليك قبل أن يستوفي ثمنه .

ومنها مالا مقاصة فيه أصلا ، بل هو بمثابة الإتلاف : كهبة الدين والإبراء منه ، أو ليس بإتلاف ، ولكن لا يسلم للموفي به ما يحتمل الشركة فيه : كما لو سقط الدين عن ذمة المرأة بجعله مهرا لها ، أو عن ذمة مستحق القصاص بجعله بدل صلح عن جناية العمد ـ قتلا أو غيره ، كما لو شج المدين موضحة : لأن العقد في هذين الموضعين وقع على نفس الدين ـ فملك

(١) المراجع السابقة وتبيين الحقائق ٥ / ٤٧ ، ٤٨ ، ومطالب أولي النهى ٣ / ٥٠٧ .

(٢) مطالب أولي النهى ٣ / ٥٠٩ .

بعينه ، ثم سقط ـ لا على شيء في ذمة الزوج أو الجاني ، حتى تقع المقاصة ، ويصدق أنه قد سلم لكل منهما ما يقبل الشركة ، وهو ما التزماه في ذمتيهما : ومن البيِّن أن بضع المرأة ، وسقوط القصاص عن الجاني ، كلاهما لا يقبل الشركة .

وقد روي عن محمد مثل ذلك في الإجارة إذا قيدت بنفس الدين ، لأن المنفعة ليست من قبيل المال المطلق [1] .

وقد صرح الحنفية بأنه إذا استوفى أحد الشريكين نصيبه في الدين المشترك بينه وبين آخر ، بأحد هذه الوجوه ، فإن شريكه لا يستحق الرجوع عليه ـ بمعنى أن يخير بين هذا الرجوع والرجوع على المدين ـ إلا فيما هو لو اقتضاه وقبض في المعنى ، حيث يسلم للقابض شيء يقبل الشركة ، لا فيما هو قضاء أو إتلاف .

إلا أن الرجوع فى حالة الصلح ـ وقوامه المسامحة والتغاضي ـ يختلف عنه فيما عداه مما يعتمد المماكسة والتشاح : كالبيع والإجارة : فإن في حالة البيع مثلا ، يكون للشريك بالنصف أن يرجع بالربع على شريكه الذي اشترى بنصيبه شيئا من المدين ، وأن يلزمه بذلك ، إذ لا غبن فيه على المشتري ، نظرا

(١) تبيين الحقائق ٥ / ٤٧ .

إلى أن الظاهر أنه استوفى حقه ، فإن شأن المشتري أن لا يدخر وسعا في الحصول على ما يعادل أو يفوق الثمن الذي يدفعه . ولا شأن للشريك الراجع بما اشتراه شريكه ، لأنه إنما اشتراه بثمن في ذمته ، ثم وقع التقاص بين هذا الثمن وما يساويه من الدين في ذمة المدين البائع ـ نعم إذا تراضيا على أن يجعلا هذا المشترى بينهما فذلك لهما ، وهي صفقة مستقلة : كأن الشريك الراجع اشترى نصفه بربع الدين الذي استحقه على المشتري .

أما في حالة الصلح ، فإنه إذا رجع الشريك على شريكه الذي صالح عن نصيبه بشيء ما ، لم يملك إلزامه بربع الدين ، لأنه قد يكون أكثر مما حصل عليه بطريق الصلح ، لبنائه على المسامحة كما قلنا . بل يكون للشريك المصالح الخيار بين إعطائه ربع الدين ، وإعطائه نصف الشيء الذي صالح عليه [1] .

إذا أبرأ أحد الدائنين مدينهما من بعض حصته في الدين المشترك ، لم يبق له في ذمته إلا باقي حصته ، وللآخر حصته كاملة : فإذا وقع لهما قبض شيء من الدين ، فإن

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٦٦ ـ ٦٨ ، ومجمع الأنهر ٢ / ٣١٧ ـ ٣١٨ ، وتبيين الحقائق ٥ / ٤٥ ـ ٤٨ .

قسمته بينهما - إذا تأخرت عن الإبراء - تكون على هذه النسبة : أي نسبة ما بقي للمبرىء إلى تمام حصة الآخر ، أو كما يقولون « تكون القسمة على مابقي من السهام » . ويستوي أن يكون الإبراء قبل القبض أو بعده - لصحة الإبراء بعد القبض . فإذا كان الدين ألفا مثلا ، لكل واحد منهما خمسمائة ، فأبرأ أحدهما المدين من مائة ، فما بقي للمبرىء إنما هو أربعة أخماس ما لصاحبه ، فتكون قسمة ما يقبض على هذه النسبة .

أما إذا وقع هذا الإبراء بعد القسمة على التساوي ، فالقسمة ماضية على الصحة ، لأن حقيهما عندها كانا متساويين ، ثم يرجع المدين على مبرئه بالمائة التي أبرىء منها وهذا موضع وفاق ، إلا أن صحة الإبراء بعد القبض مما تفرد به الحنفية [1] .



(١) المراجع السابقة .

شَرِكَةُ الْعَقْد

تعريفها :

١٧ - عرف الحنفية شركة العقد بأنها : « عقد بين المتشاركين في الأصل والربح » كذا نقلوه عن صاحب الجوهرة .

وقيد « المتشاركين في الأصل » يخرج المضاربة ، لأن التشارك فيها بين العامل ورب المال إنما هو في الربح ، دون الأصل ، كما هو واضح [1] .

وعرف الحنابلة شركة العقد بأنها . « اجتماع في تصرف » ، وهو مع ذلك لا يشمل المضاربة ، التي هي عندهم من أقسام الشركة ، وقريب منه تعريف بعض الشافعية بأنها : « عقد يثبت به حق شائع في شيء لمتعدد » .

وعرفها ابن عرفة بقوله : بيع مالك كل بعضه ببعض كل الآخر ، موجب صحة تصرفهما في الجميع [2] .

وشركة العقد بأنواعها الثلاثة (أموال وأعمال ووجوه) جائزة سواء أكانت عنانا أم مفاوضة .

(١) رد المحتار ٢ / ٣٠١ ، ٣ / ٣٤٣ .

(٢) مطالب أولي النهى ٣ / ٤٩٤ ، والمغنى لابن قدامة ٥ / ١٠٩ ، والشرقاوي على التحرير ٢ / ١٠٩ . الخرشي على خليل ٤ / ٢٥٤ ، ٢٧١ ، والفواكه الدواني =

دليل مشروعية الشركة :

١٨ - ثبتت مشروعية شركة العنان : بالكتاب، والسنة ، والإجماع ، والمعقول :

أ - الكتاب : قوله تعالى : ﴿ وإن كثيرا من الخلطاء ليبغي بعضهم على بعض إلا الذين آمنوا وعملوا الصالحات وقليل ماهم ﴾ (١) .

والخلطاء هم الشركاء . ولكن هذا إلى شركة الملك أدنى . ثم هو قول داود لبيان شريعته ، ولا يلزم استمرارها . كذا قال ابن الهمام - على خلاف قاعدة الحنفية في شرع من قبلنا : فلعله تساهل فيه لأنه علاوة في الرد .

ب - السنة : ١ - الحديث القدسي المروي عن أبي هريرة - رضي الله عنه - يرفعه إلى النبي ، ﷺ : (إن الله يقول : أنا ثالث الشريكين ، مالم يخن أحدهما صاحبه ، فإذا خانه خرجت من بينهما) (٢) .

(٢) حديث السائب بن أبي السائب المخزومي ، (أنه كان شريك النبي فى أول الإسلام في التجارة ، فلما كان يوم الفتح ، قال النبي ﷺ : مرحبا بأخي وشريكي ، لا يداري ولا يماري) (١) .

(٣) حديث أبي المنهال عند أحمد : (أن زيد ابن أرقم ، والبراء بن عازب ، كانا شريكين ، فاشتريا فضة بنقد ونسيئة ، فبلغ النبي ﷺ ، فأمرهما أن ما كان بنقد فأجيزوه ، وما كان بنسيئة فردوه وهو بمعناه عند البخاري وفي لفظه : ما كان يدا بيد فخذوه وما كان نسيئه فردوه) (٢) .

وفيه تقرير صريح . وهذا مثل واحد من تقريرات كثيرة لا مرية فيها على الجملة ، لأن أكثر عمل القوم ، في صدر الدعوة ، كان التجارة والمشاركة فيها ، ولذا يقول الكمال : إن التعامل بالشركة من لدن النبي ﷺ ، وهلم جرا ، متصل لا يحتاج فيه إلى إثبات حديث بعينه ، وهو قول صاحب الهداية : أنه ﷺ بعث والناس يتعاملون بها فقررهم عليها (٣) .

= ٢ / ٢٧١ ، والحواشي على تحفة ابن عاصم .

(١) سورة ص ٢٤ ، انظر فتح القدير ٥ / ٣٠ ، نيل الأوطار ٥ / ٢٦٤ ، تلخيص الحبير ٣ / ٤٩ .

(٢) حديث : إن الله يقول : (أنا ثالث الشريكين) أخرجه أبو داود ٣ / ٦٧٧ - تحقيق عزت عبيد دعاس ، ونقل ابن حجر عن ابن القطان أنه أعله بجهالة راوٍ فيه وعن الدارقطني أنه أعله بالإرسال . كذا في التلخيص الحبير ٣ / ٤٩ - ط شركة الطباعة الفنية .

(١) حديث : (مرحبا بأخي وشريكي) . أخرجه الحاكم ٢ / ٦١ (ط دائرة المعارف العثمانية) وصححه الحاكم ووافقه الذهبي .

(٢) حديث : أبي المنهال . أخرجه أحمد ٤ / ٣٧١ - ط الميمنية وأصله في البخاري (الفتح ٥ / ١٤٣ ط السلفية) .

(٣) فتح القدير ٥ / ٣ .

ج ـ الإجماع : فقد كان الناس وما زالوا ، يتعاملون بها في كل زمان ومكان ، وفقهاء الأمصار شهود ، فلا يرتفع صوت بنكير [١] .

د ـ المعقول : فإن شركة العنان طريق من طرق استثمار المال وتنميته ، تمس إليه حاجة الناس ، قلت أموالهم أو كثرت ، كما هو مشاهد ملموس ، حتى لقد كادت الشركات التجارية الكبرى ، التي يستحيل عادة على تاجر واحد تكوينها ، أن تكون طابع هذا العصر الذي نعيش فيه . هذا من جانب ، ومن الجانب الآخر ، ليس في تطبيق شركة العنان شيء ينبو بشرعيتها : فما هي في حقيقة الأمر سوى ضرب من الوكالة إذ حلَّ شريك وكيل عن شريكه . والوكالة لا نزاع في شرعيتها إذا انفردت ، فكانت من واحد لآخر ، فكذا إذا تعددت ، فكانت من كل واحد لصاحبه : أعني أنه وجد المقتضى وانتفى المانع ـ كما يقولون ، وإذا كانت تتضمن وكالة في مجهول ، فهذا شيء يغتفر في ضمن الشركة ، لأنه تبع لا مقصود ، والشيء يغتفر فيه تبعا مالا يغتفر استقلالا .

وأما المفاوضة من شركة الأموال فليس في جوازها نص ثابت وإنما أجازها الحنفية واستدلوا بأن النبي ﷺ قال : (فاوضوا ، فإنه أعظم للبركة) [١] وهو غير معروف في شيء من كتب الحديث . وقد يحتج في جوازها بالبراءة الأصلية : فالأصل الجواز ، حتى يقوم دليل المنع ـ ولا دليل [٢] .

١٩ ـ ومنعها الشافعية لتضمنها الوكالة في مجهول ، والكفالة بمجهول لمجهول ، وكلاهما باطل على انفراد ، فما تضمنهما معا أشد بطلانا .

٢٠ ـ وأما شركتا الأعمال والوجوه فتجوز عند الحنفية والحنابلة خلافا للشافعية ، وكذا المالكية في شركة الوجوه خاصة .

ويستدل للجواز بما يلي :

أولا ـ بالبراءة الأصلية : فالأصل في العقود كلها الصحة ، حتى يقوم دليل الفساد ، ولا دليل .

ثانيا ـ إن الحاجة داعية إليهما ، وتصحيحهما ممكن بطريق التوكيل الضمني من كل شريك لشريكه ، ليقع تصرف كل واحد والربح المترتب عليه للجميع ، فلا معنى للحكم ببطلانهما .

---

(١) بلغة السالك ٢ / ١٦٥ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢١١ ، والمغني لابن قدامة ٥ / ١٢٤ .

(١) « فاوضوا فإنه أعظم للبركة » . قال الزيلعي في نصب الراية ٣ / ٤٧٥ ـ ط المجلس العلي (غريب) يعني أهله لا أصل له . وقال ابن حجر : (لم أجده) كذا في الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢ / ١٤٤ ط الفجالة .

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٥٨ ، الدراية في تخريج أحاديث الهداية ٢ / ١٤٤ ، ونيل الأوطار ٥ / ٢٦٥ .

وأما عند الشافعية فإن شركة الأعمال : وشركة الوجوه ؛ باطلتان لعدم المال المشترك فيهما وللغرر في شركة الأعمال وذهب المالكية إلى بطلان شركة الوجوه لأنها من باب الضمان بجعل ومن باب السلف الذي يجر نفعا وسموها شركة الذمم [1] .

تقسيم شركة العقد باعتبار محلها :

٢١ ـ تنقسم الشركة بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام :

(١) ـ شركة أموال .

(٢) ـ شركة أعمال .

(٣) ـ شركة وجوه .

ذلك أنه إذا كان رأس مال الشركة نقودا ، كانت شركة أموال ، وإن كان العمل للغير كانت شركة أعمال ، (شركة صنائع) ، وتسمى أيضا شركة أبدان [2] .

وتسمى كذلك شركة التقبل : لأن التقبل قد يكون ممن لا يقدر على القيام بأي عمل للغير سوى التقبل نفسه ، ومع ذلك تحصل به هذه الشركة ، لأنه ملزم لشريكه القادر ، فهما شريكان بالتقبل .

أما إذا كان ما تقوم الشركة عليه ما للشريكين أو للشركاء من وجاهة عند الناس ومنزلة تصلح للاستغلال ، فالشركة شركة وجوه . ولعدم رأس المال فيها ، وغلبة وقوعها بين المعدمين ـ تسمى : شركة المفاليس .

هذا على الإجمال . أما التفصيل :

٢٢ ـ فشركة الأموال : عقد بين اثنين فأكثر ، على أن يتجروا في رأس مال لهم ، ويكون الربح بينهم بنسبة معلومة . سواء علم مقدار رأس المال عند العقد أم لا ، لأنه يعلم عند الشراء ، وسواء شرطوا أن يشتركوا جميعا في كل شراء وبيع ، أم شرطوا أن ينفرد كل واحد بصفقاته ، أم أطلقوا . وليس حتما أن يقع العقد بلفظ التجارة ، بل يكفي معناها : كأن يقول الشريكان : اشتركنا في مالنا هذا ، على أن نشتري ونبيع ، ونقسم الربح مناصفة .

٢٣ ـ وأما شركة الأعمال : فهي : أن يتعاقد اثنان فأكثر على أن يتقبلوا نوعا معينا [1] من العمل أو أكثر أو غير معين لكنه عام ، وأن

---

(١) فتح القدير ٥ / ٧ ، ٢٤ ، ٢٨ ، ٣٠ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢١٢ ، والخرشي ٤ / ٣٧١ ، وبدائع الصنائع ٦ / ٥٨ .

(٢) لعل ابن عابدين يستبعد عد العمل العقلي بدنيا ، فلذا تراه يقول في تعليل التسمية : لأن العمل يكون منهما (أي الشريكين) غالبا بأبدانهما : رد المحتار ٣ / ٣٥٩ وبدائع الصنائع ٦ / ٦٣ .

(١) أي معينا نوعا ومحلا : كخياطة الثياب ، وتنجيد الأثاث ، وتعليم الكتابة والحساب ، وتحفيظ القرآن ، وما إلى ذلك مما تنشأ له المدارس وغيرها ، رد المحتار ٣ / ٣٥٨ ، والهندية ٢ / ٣٣١ .

تكون الأجرة بينهم بنسبة معلومة ، وذلك كالخياطة ، والصباغة ، والبناء ، وتركيب الأدوات الصحية أو كل ما يتقبل ، فلابد من التعاقد قبل التقبل فلو تقبل ثلاثة اشخاص عملا ، دون تعاقد سابق على الشركة ، لم يكونوا شركاء : وعلى كل منهم ثلث العمل ، فإن قام بالعمل كله أحدهم كان متبرعا بما زاد على الثلث ، فلا يستحق - قضاء - سوى ثلث الأجرة .

ولابد أيضا أن يكون التقبل حقا لكل شريك وإن وقع الاتفاق على أن يباشره منهم واحد بعينه ، ويعمل الآخر . ولذا يقول السرخسي في المحيط : « لو قال صاحب الدكان أنا أتقبل ، ولا تتقبل أنت ، وأطرح عليك تعمل بالنصف ، لا يجوز » ومن هنا يقول ابن عابدين : الشرط عدم نفي التقبل عن أحدهما ، لا التنصيص على تقبل كل منهما ، ولا على عملهما ، لأنه إذا اشتركا على أن يتقبل أحدهما ويعمل الآخر ، بلا نفي ، كان لكل منهما التقبل والعمل ، لتضمن الشركة الوكالة . هذا قول الحنفية ، ومثله في الجملة للحنابلة ، لكنهم أضافوا الاشتراك في تملك المباحات [١] .

وقد نص الحنفية على أن شركة الأبدان نوعان :

النوع الأول : شركة مقيدة ببعض الأعمال ، دون بعض ، كنجارة ، أو حدادة ، اتفق العملان أم اختلفا .

والنوع الثاني : شركة مطلقة ، لم تقيد بذلك : كأن يتفقا على الاشتراك في أجرة ما يعملانه من أي نوع [١] .

٢٤ - وأما شركة الوجوه : فهي أن يتعاقد اثنان فأكثر ، بدون ذكر رأس مال ، على أن يشتريا نسيئة ويبيعا نقدا ، ويقتسما الربح بينهما بنسبة ضمانهما للثمن [٢] .

وكذلك هي عند القاضي ، وابن عقيل من الحنابلة ، إذ جعلا الربح فيها على قدر الملك ، لئلا يلزم ربح ما لم يضمن . ولكن جماهيرهم جعلوا الربح فيها على ما تشارط الشريكان ، كشركة العنان : لأن فيها مثلها عملا وغيره ، سيما مع ملاحظة تفاوت الشريكين في المهارة التجارية ، والوجاهة عند الناس . بل نظر ابن قدامة إلى مآل أمرها ، فأنكر خلوها من المال .

---

(١) فتح القدير ، وتبعه ابن عابدين ، وفي البدائع خلافه فتح القدير ٥ / ٢٨ - ٣٣ ، ورد المحتار ٣ / ٣٥٨ ، =

= ٣٦١ ، وبدائع الصنائع ٦ / ٦٤ ، والفتاوى الهندية ٣ / ٢٣١ ، ٣٣٤ ، والمغني لابن قدامة ٥ / ١١٣ ، ومطالب أولي النهى ٥ / ٥٤٥ ، ٥٤٦ .

(١) الخانية مع الهندية ٣ / ٦٢٤ ، الخرشي على خليل ٤ / ٢٦٧ .

(٢) فتح القدير ٥ / ٣٠ .

٢٥ ـ وأما المضاربة : فسيأتي تعريفها وأحكامها في بحثها الخاص بها إن شاء الله .
(انظر : مضاربة) .

تقسيم شركة العقد باعتبار التساوي والتفاوت

٢٦ ـ والمراد التساوي والتفاوت في أمور خمسة :

(١) رأس مال الشركة : الشامل لكل مال للشريكين صالح للشركة (نقود) .

(٢) كل تصرف تجاري في رأس مال الشركة .

(٣) الربح .

(٤) كفالة ما يلزم كلا من الشريكين من دين التجارة .

(٥) أهلية التصرف[١] .

وتنقسم شركة العقد بهذا الاعتبار إلى قسمين :

(١) شركة مفاوضة . (٢) شركة عنان .

٢٧ ـ وشركة المفاوضة عند الحنفية هي : التي يتوافر فيها تساوي الشركاء في هذه الأمور

(١) وظاهر في صياغة هذه الأمور الخمسة ملاحظة شركة الأموال . ولا يخفى ما يلزم من التحوير بالنسبة لسائر الشركات : ففي شركة الأعمال ، يقوم التقبل مقام رأس المال ، وتعهد العمل مقام التصرف فيه ، وكفالة ما يلزم بسبب الشركة مقام كفالة دين التجارة . وفي شركة الوجوه ، بالإضافة إلى وجاهة الشريكين يقوم ما يلتزمانه في الغرمة من أثمان المشتريات مقام رأس المال .

الخمسة[١] ، من ابتداء الشركة إلى انتهائها ، لأن شركة المفاوضة من العقود الجائزة من الطرفين ، لكل منهما فسخها متى شاء ، فأعطى دوامها حكم ابتدائها ، وشرطت فيه المساواة أيضا[٢] .

وسيأتي في الشرائط شرح هذه الأمور الخمسة في بيان واف إن شاء الله . وشركة العنان (بكسر العين وفتحها) هي التي لا يوجد فيها هذا التساوي : بأن لم يوجد أصلا ، أو وجد عند العقد وزال بعده : كأن كان المالان متساويين عند العقد ثم ارتفعت قيمة أحدهما قبل الشراء ، فإن الشركة تنقلب عنانا بمجرد [هذا الارتفاع][٣] ،

(١) ومن أجل التساوي في هذه الأمور سميت هذه الشركة مفاوضة ، إذ المفاوضة في السلفة هي المساواة ـ كما في محيط المحيط . ومن مادتها جاء قول الأفوه الأودى : (لا يصلح الناس فوضى لا سراة لهم) أي متساوين لا سادة لهم يفصلون خصوماتهم ، ويأخذون للضعيف من القوي .

(٢) فتح القدير ٥ / ٦ .

(٣) فتح القدير ٥ / ٦ .
والعنان من عن إذا عرض : تقول عن لي هذا الرأي ، أي عرض لي ، فلم تتساو حالات قبل العروض وبعده ـ وكذلك المشارك شركة عنان ، عن له في بعض ـ أو كل ـ ما يشترط تساويه في شركة المفاوضة ، فاختل تساويه . وقد زعم الكسائي والأصمعي أنه مأخوذ من عنان الفرس ، لأن الفارس يأخذ العنان بيده ، ويتصرف باليد الأخرى ، وكذلك شركة العنان ، تكون عادة في بعض مال الشريك دون بعض . ولكن الاشتقاق من الجوامد موقوف على السماع ، كما في استحجر واستحشف صار حجرا وحشفا . والعرب كانوا يعرفون شركة العنان ، ولكن لا =

وهل تبطل الكفالة ؟ . . الظاهر نعم ، لأنها كفالة لمجهول ، فلا تصح إلا ضمنا ، والعنان لا تتضمن الكفالة ، فتكون فيها مقصودة وهى مقصودة لا تصح لمجهول ، لكن الذي في الخانية هو الصحة ، ولعل وجهه أنها في الشركة تبع على كل حال ، ولو صرح بها (١).

ولم يشترط المالكية المساواة في هذه الأمور الخمسة لصحة المفاوضة . بل كل ما عندهم من الفرق بين طبيعتي شركة المفاوضة وشركة العنان ، أن كلا من الشريكين في شركة المفاوضة يطلق التصرف لشريكه ولا يحوجه إلى مراجعته وأخذ موافقته في كل تصرف من تصرفاته للشركة ، بخلاف العنان ، فإنها لابد فيها من ذلك (٢).

أما الحنابلة فللمفاوضة عندهم معنيان :

أحدهما : الشركات الأربع مجتمعة : العنان ، والمضاربة ، والأبدان ، والوجوه : فإذا فوض كل من الشريكين لصاحبه المضاربة وتصرفات سائر هذه الشركات صحت الشركة ، لأنها مجموع شركات صحيحة ، ويكون الربح على ماشرطاه ، والخسارة بقدر المالين .

ثانيهما : أن يشترك اثنان فصاعدا في كل ما يثبت لهما وعليهما . وهذا صحيح أيضا لكن بشريطة أن لا يدخلا فيه كسبا نادرا ولا غرامة ـ وإلا اختص كل شريك بما يستفيده من مال نفسه أو عمله ، وبما يلزمه من ضمانات فكل نفس ﴿ لها ما كسبت ، وعليها ما اكتسبت ﴾ (١) .

مثال الكسب النادر : اللقطة والركاز والميراث .

ومثال الغرامات : ما يلزم بكفالة ، أو غصب ، أو جناية ، أو تلف عارية (٢) .

وهذا النوع لم يشترط فيه الحنابلة تساوي المالين ، ولا تساوي الشريكين في أهلية التصرف .

تقسيم شركة العقد باعتبار العموم والخصوص

٢٨ ـ يقسم الحنفية الشركة بهذا الاعتبار إلى :

(١) مطلقة .

(٢) مقيدة .

= ضرورة تلجىء إلى اشتقاق غير قياسي ، بدائع الصنائع ٦ / ٥٧ ، فتح القدير ٥ / ٢٠ .

(١) فتح القدير ٥ / ٢٠ ، رد المحتار ٣ / ٣٥ .

(٢) الخرشي على خليل ٤ / ٢٥٨ ـ ٢٦٥ ، بلغة السالك ٢ / ١٧١ ، الفواكه الدواني ٢ / ١٧٤ .

(١) سورة البقرة / ٢٨٦

(٢) الشرح الكبير ٥ / ١٩٨ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٥٣ ، الإنصاف ٥ / ٤٦٤ ـ ٤٦٥ .

فالمطلقة : هى التي لم تقيد بشرط جعلي أملته إرادة شريك أو أكثر : بأن تقيد بشيء من المتاجر دون شيء ، ولا زمان دون زمان ، ولا مكان دون مكان ، ولا ببعض الأشخاص دون بعض الخ . . كأن اشترك الشريكان في كل أنواع التجارة وأطلقا فلم يتعرضا لأكثر من هذا الإطلاق بشقيه : الزماني وغيره يكون في شركة العنان . أما في شركة المفاوضة فلا بد من الإطلاق في جميع أنواع التجارات ، كما هو صريح الهداية ، وإن كان في البحر الرائق أنها قد تكون مقيدة بنوع من أنواع التجارات [1]. والإطلاق الزماني احتمال من احتمالاتها ، وليس بحتم .

والمقيدة : هي التي قيدت بذلك : كالتي تقيد ببعض الأشياء أو الأزمان أو الأمكنة ، كأن تقيد بالحبوب أو المنسوجات أو السيارات أو البقالات ، أو تقيد بموسم قطن هذا العام ، أو ببلاد هذه المحافظة . والتقييد ببعض المتاجر دون بعض ، لا يتأتى في شركة المفاوضة ، أما التقييد ببعض الأوقات دون بعض فيكون فيها وفي العنان .

وتنوع الشركة إلى مطلقة ومقيدة ، بما فيها المقيدة بالزمان ، يوجد في سائر المذاهب

(١) رد المحتار ٣ / ٣٥١ .

الفقهية ، ومما ينص عليه الشافعية ، أنه يجوز تقييد تصرف أحد الشريكين ، وإطلاق تصرف الآخر . إلا أنه حكي عن بعض أهل الفقه أنه لا بد أن يعين لكل شريك نطاق تصرفه ، ويحتمل كلام بعض المالكية إبطال الشركة بالتأقيت ، وإن كان الظاهر عندهم أيضا صحة الشركة مع عدم لزوم الأجل [1].

شركة الجبر :

٢٩ ـ هذا نوع انفرد المالكية بإثباته ، وتمسكوا فيه بقضاء عمر . وحدّها بعضهم بأنها : « استحقاق شخص الدخول مع مشتري سلعة لنفسه من سوقها المعد لها ، على وجه مخصوص » وسيتضح باستعراض شرائطها : فقد ذكروا لها سبع شرائط :

ثلاثة خاصة بالسلعة وهي :

(١) أن تشترى بسوقها المعد لبيعها ـ لا بدار اتفاقا ، ولا بزقاق ، نافذ أو غير نافذ ، على المعتمد .

(٢) أن يكون شراؤها للتجارة ، ويصدق المشتري في نفي ذلك بيمينه ـ إلا أن تكذبه قرائن الأحوال : ككثرة ما يدعي شراءه للقنية أو العرس مثلا .

(١) مغني المحتاج ٢ / ٢١٣ ،حواشي تحفة ابن عاصم ٢ / ٢١٠ .

(٣) أن تكـون التجـارة المقصودة بالشراء في نفس بلد الشراء ، لا في مكان آخر ، ولـو جـد قريـب [1] .

وثلاثة خاصة بالشريك المقحم :

(١) أن يحضر الشراء .

(٢) أن لا يزايد على المشتري .

(٣) أن يكـون من تجار السلعـة المشـتراة .

واعتمدوا أنه لا يشترط أن يكون من تجار هـذا السـوق .

وشريطة واحدة في الشاري : أن لا يبين لمن حضر من التجــار أنـه يريد الاستئثـار بالسلعة ، ولا يقبل الشركة فيها ، فمن شاء أن يزايد فليفعل .

فإذا توافـرت هذه الشرائط جميعهـا ثبت حق الإجبــار على الشركــة لمن حضر من التجار ، مهما طال الأمد ـ ما دامت السلعة المشتراة باقية . ويسجن الشاري حتى يقبل الشركة إذا امتنع منها . وهناك احتمال آخر بسقوط هذا الحق بمضي سنة كالشفعة .

أما الشاري ، فليس له مع توافر الشرائط إجبار من حضر من التجار على مشاركته في السلعــة لسبب ما ـ كتحقق الخســارة أو توقعهــا ـ إلا إذا قالـوا له أثنـاء السـوم :

(١) الفـواكـه الـدواني ٢ / ١٧٤ ، الخـرشي علي خليل ٤ / ٢٦٦ ، ٣٦٧ .

أشركنا ، فأجاب : بنعم أو سكت .

والمتبادر من كلامهم تنزيل قول التجار : أشركنـا ـ مع إجـابة بنعم ـ منزلة حضورهم الشراء : فلا يضير إذن انصرافهم قبل إتمام الصفقة . بخلاف ما إذا خرج بالصمت عن « لا ونـعم » إلا أن من حقهم حينئــذ أن يحلفوه : ما اشترى عليهم [1] .

صيغة عقد الشركة :

٣٠ ـ تنعقد الشركة بالإيجاب والقبول :

مثال ذلك في شركة العنان في الأموال : أن يقول شخص لآخر : شاركتك في ألف دينـار منـاصفة ، على أن نتجر بها ويكون الـربح بيننا مناصفة كذلك : ويطلق ، أو يقيد الاتجار بنوع من أنواع التجارة ـ كتجارة المنســوجـات الصوفية ، أو المنسـوجـات مطلقا ، فيقبل الآخر .

ومثاله في شركة المفاوضة في الأموال : أن يقـول شخص لآخـر ـ وهـما حران بالغـان مسلمان أو ذميان ـ شاركتـك في كل نقودي ونقودك (ونقود هذا تساوي نقود ذاك) على أن نتجـر بها في جميع أنواع التجارة ، وكل واحد منا كفيل عن الآخر بديون التجارة ، فيقبل الآخر .

(١) الخرشي علي خليل ٤ / ٢٦٦ ، ٢٦٧ ، الفواكه الدواني ٢ / ١٧٤ ، بلغة السالك ٢ / ١٧٢ .

٣١ - وتقوم دلالة الفعل مقام دلالة اللفظ [١]. فلو أن شخصا ما أخرج جميع ما يملك من نقد ، وقال لآخر : أخرج مثل هذا واشتر ، وما رزق الله من ربح فهو بيننا على التساوي أو لك فيه الثلثان ولي الثلث ، فلم يتكلم الآخر ، ولكنه أخذ وأعطى وفعل كما أشار صاحبه - فهذه شركة عنان صحيحة . ومثل ذلك يجيء أيضا في شركة المفاوضة : كأن يخرج هذا كل ما يملك من النقود ، ويقول لصحابه الذي لا يملك من النقود إلا مثل هذا القدر : أخرج مثل هذا ، على أن نتجر بمجموع المالين في جميع أنواع التجارات ، والربح بيننا على سواء ، وكل واحد منا كفيل عن الآخر بديون التجارة ، فلا يتكلم صاحبه هذا ، وإنما يفعل مثل ما أشار . هذا مذهب الحنفية .

٣٢ - والاكتفاء بدلالة الفعل ، هو أيضا مذهب المالكية والحنابلة . إذ هم لا يعتبرون في الصيغة هنا إلا ما يدل علي الإذن عرفا ، ولو لم يكن من قبيل الألفاظ أو ما يجري مجراها - كالكتابة وإشارة الأخرس المفهمة . ولذا ينص المالكية علي أنه لو قال أحد اثنين للآخر : شاركني ، فرضي بالسكوت ، كفى ، وأنه يكفي خلط المالين ، أو الشروع في أعمال التجارة للشركة . كما ينص الحنابلة على أنه يكفي أن يتكلما في الشركة ، ثم يحضرا المال عن قرب ، ويشرعا في العمل .

وعند الشافعية لا تغني دلالة الفعل عن اللفظ أو ما في معناه ، لأن الأصل حفظ الأموال على أربابها ، فلا ينتقل عنه إلا بدلالة لها فضل قوة - حتى لقد ضعف الشافعية وجها عندهم بانعقاد الشركة بلفظ : اشتركنا - لدلالته عرفا على الإذن في التصرف ، ورأوا أن لا كفاية فيه حتى يقترن بالإذن في التصرف من الجانبين - لاحتمال أن يكون إخبارا عن شركة ماضية ، أو عن شركة ملك قائمة لا تصرف فيها . وهم يصححون انعقادها شركة عنان بلفظ المفاوضة ، إذا اقترن بنية العنان ، وإلا فلغو ، إذ لا مفاوضة عندهم : وغاية ما يصلح له لفظها عندهم أن يكون كناية عنان - بناء على صحة العقود بالكنايات [١].

٣٣ - ومثال شركة المفاوضة في التقبل : أن يقول شخص لآخر وكلاهما من أهل الكفالة - شاركتك في تقبل جميع الأعمال ، أو

---

(١) فتح القدير ٥ / ٧ ، رد المحتار ٣ / ٣٤٨ ، الخرشي على خليل ٤ / ٢٥٥ ، الفواكه الدواني ٢ / ١٧٢ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٠١ ، وهذا من آثار عدم التقيد بالألفاظ ، والتعديل على المعنى ، كما سلف (ر : ف /٢٢) .

(١) مغني المحتاج ٢ / ٢١٢ ، ٢١٣ .

في هذه الحرفة (خياطة ، أو نجارة ، أو حدادة ، مثلا)[1] على أن يتقبل كل منا الأعمال ، وأن أكون أنا وأنت سواء في ضمان العمل وفي الربح والخسران ، وفي أن كلا كفيل عن الآخر فيما يلزمه بسبب الشركة ، فيقبل الآخر . فإذا وقع التعاقد مع اختلال قيد مما ورد في هذه الصيغة ، فالشركة شركة عنان - إلا أنه لا بد أن يكون الشريكان من أهل الوكالة كما لا يخفى[2] .

٣٤ - ومثال شركة المفاوضة في الوجوه : أن يقول شخص لآخر - وكلاهما من أهل الكفالة - شاركتك على أن نتجر أنا وأنت بالشراء نسيئة والبيع نقدا ، مع التساوي في كل شيء نشتريه وفي ثمنه وربحه ، وكفالة كل ما يلزم الآخر من ديون التجارة وما يجري مجراها ، فيقبل الآخر .

وإذا اختل شيء مما ورد في هذه الصيغة من قيود ، فالشركة شركة عنان - إلا أنه لابد فيها على كل حال من أن يكون الشريكان من أهل الوكالة ، وأن يكون الربح بينهما بنسبة ضمانها الثمن ، كما سيجيء في الشرائط بيانه .

وإن قال أحدهما لصاحبه فاوضتك فقبل كفى ، لأن لفظها علم على تمام المساواة في أمر الشركة ، فإذا ذكراه تثبت أحكامها إقامة للفظ مقام المعنى[1] .

شروط شركة العقد :

الشروط العامة :

٣٥ - وهي تلك التي لا تخص نوعا دون نوع من أنواع الشركة الرئيسية الثلاثة (شركة الأموال ، وشركة الأعمال ، وشركة الوجوه) . وهذه الشروط العامة تتنوع أنواعا :

النوع الأول : في كل من شركتي المفاوضة والعنان .

أولا - قابلية الوكالة :

٣٦ - ويمكن تفسيرها بأمرين :

(١) قابلية التصرف المتعاقد عليه للوكالة ، ليتحقق مقصود الشركة ، وهو الاشتراك في الربح ، لأن سبيل ذلك أن يكون كل واحد من الشريكين وكيلا عن صاحبه في نصف ما تصرف فيه ، وأصيلا في

---

(١) هذا الأخير يؤخذ من قول الكاساني - دون فصل بين مفاوضة وعنان - (وأما شركة الأعمال فهي أن يشتركا على عمل من الخياطة أو القصارة أو غيرهما) (بدائع الصنائع ٦ / ٥٧) وإن كان القياس على المفاوضة في غيرها يقتضي التعميم في جميع الصنائع والأعمال ، أو بالحري الإطلاق ، بحيث لا يكون على أحد الشريكين حجر مّا في تقبل أي عمل صالح للتقبل . وهذا هو الذي جروا عليه في المجلة (م ١٣٥٩) .

(٢) رد المحتار ٣ / ٣٥٩ ، بدائع الصنائع ٦ / ٥٧ ، ٦٣ ، ٦٥ .

(١) رد المحتار ٣٥٩/٣، بدائع الصنائع ٥٧/٦، ٦٣، ٦٥ .

نصفه الآخر ـ وإلا فالأصيل في الكل يختص بكل ربحه ، والمتصرف عن الغير لا يتصرف إلا بولاية أو وكالة ، والفرض أن لا ولاية ، فلم يبق إلا الوكالة [1]. فالاحتشاش والاحتطاب والاصطياد والتكدي ، أعمال لا تصح الشركة فيها ، لعدم قبولها الوكالة ، إذ الملك فيها يقع لمن باشر السبب ـ وهو الأخذ : شأن المباحات كلها ، فقد جعل الشارع سبب الملك فيها هو سبق اليد [2].

(٢) أهلية كل شريك للتوكيل والتوكل ، لأنه وكيل في أحد النصفين ، أصيل في الآخر ، فلا تصح الشركة من الصبي غير المأذون في التجارة ، والمعتوه الذي لا يعقل [3].

٣٧ ـ وهذا الشرط بشقيه موضع وفاق [4]. لأن الجميع مطبقون على أن الشركة تتضمن الوكالة . ولكن الخلاف يقع في طريق التطبيق : فمثلا :

أ ـ المباحات : لا يراها الحنفية مما يقبل الوكالة ، بينما هي عند غيرهم مما يقبلها . ولذا مثل المالكية لشركة الأبدان بشركة الصيادين في الصيد ، والحفارين في البحث عن المعادن ـ كشركات النفط القائمة الآن ، وأبرز الحنابلة الشركة في تحصيل المباحات ، حتى جعلوها نوعا متميزا من شركة الأعمال [1].

ب ـ شركة ولي المحجور : وينص الشافعية والحنابلة على أن لولي المحجور الشركة في مال محجوره ، لأنه يجوز له أن يضارب بهذا المال ، مع أن المضارب يذهب بجزء من نمائه ، فأولى أن تجوز الشركة حيث يكون ربحه كله موفراً عليه . ومن هذا القبيل تقريرهم أنه إذا مات أحد الشريكين ، وورثه محجور عليه ، فإنه يجب على وليه أن يستمر في الشركة إذا رأى المصلحة في ذلك ـ ومن شريطتها أن يكون الشريك المتصرف أمينا : فلو تبين عدم هذه الأمانة ، وضاع المال ، كان الضمان على الولي ، لتقصيره بعدم البحث [2].

ثم لا يخفى أن اعتبار الأهليتين : أهلية التوكيل ، وأهلية التوكل ، إنما هو حيث يكون العمل لكلا الشريكين . أما إذا كان لأحدهما فحسب ـ وذلك عند الحنفية لا يكون إلا في شركة العنان ـ فالشريطة هي

---

(١) فتح القدير ٥ / ٣٠ .
(٢) فتح القدير ٥ / ٥ ، وتمامه في بدائع الصنائع ٦ / ٦٣ .
(٣) بدائع الصنائع ٦ / ٥٨ .
(٤) المغني لابن قدامة ٥ / ١٠٩ .

---

(١) الخرشي على خليل ٤ / ٢٢٥ ، ٢٦٩ ، الفواكه الدواني ٢ / ١٧١ ، ١٧٢ ، ومطالب أولي النهي ٣ / ٥٤٥ ، دليل الطالب ١٢٧ .
(٢) مغني المحتاج ٢ / ٢١٣ ، نهاية المحتاج وحواشيها ٥ / ٥ ، المغني لابن قدامة ٥ / ١٣٤ .

أهلية الآذن للتوكيل ، وأهلية المأذون للتوكل : ولذا ينص الشافعية على أنه في هذه الحالة ، يصح أن يكون الآذن أعمى ، وإن كان لا بد أن يوكل في خلط المالين ، أما المأذون فلا بد أن يكون بصيراً [1] .

ثانيا ـ أن يكون الربح معلوما بالنسبة :

٣٨ ـ أي أن تكون حصة كل شريك من الربح محددة بجزء شائع منه معلوم النسبة إلى جملته : كنصفه . فإذا تم العقد على أن يكون للشريك حصة في الربح من غير بيان مقدار، كان عقدا فاسداً ، لأن الربح هو مقصود الشركة فتفسد بجهالته ، كالعوض والمعوض في البيع والإجارة . وكذلك إذا علم مقدار حصة الشريك في الربح ، ولكن جهلت نسبتها إلى جملته : كمائة أو أكثر أو أقل ، لأن هذا قد يؤدي إلى خلاف مقتضى العقد ـ أعني الاشتراك في الربح ، فقد لا يحصل منه إلا ما جعل لأحد الشركاء ، فيقع ملكا خاصا لواحد ، لا شركة فيه لسواه . بل قالوا إن هذا يقطع الشركة لأن المشروط إذا كان هو كل المتحصل من الربح ، تحولت الشركة إلى قرض ممن لم يصب شيئا من الربح ، أو إبضاع من الآخر .

(١) مغني المحتاج ٢ / ٢١٣ .

فإذا جعل للشريك أجر معلوم المقدار من خارج مال الشركة : كخمسين أو مائة دينار كل شهر ، فقد نقلوا في الهندية عن المحيط أن الشركة صحيحة ، والشرط باطل [1] .

٣٩ ـ وهذا الشرط موضع وفاق . وقد حكى ابن المنذر إجماع أهل العلم على أن لا شركة مع اشتراط مقدار معين من الربح ـ كمائة ـ لأحد الشريكين سواء اقتصر على اشتراط هذا المقدار المعين لأحدهما ، أم جعل زيادة على النسبة المشروطة له من الربح ، أم انتقص من هذه النسبة ، لأن ذلك في الأحوال كلها قد يفضي إلى اختصاص أحدهما بالربح ، وهو خلاف موضوع الشركة ، أو ـ كما عبر الحنفية ـ قاطع لها .

ومن هذا القبيل ، ما لو شرط لأحدهما ربح عين معينة أو مبهمة من أعيان الشركة ـ كهذا الثوب أو أحد هذين الثوبين ـ أو ربح سفرة كذلك ـ كهذه السفرة إلى باريس ، أو هي أو التى تليها إلى لندن ـ أو ربح هذا الشهر أو هذه السنة .

ونص الحنابلة على أن من هذا القبيل أيضا ، أن يقول أحد الشريكين للآخر : لك ربح النصف ، لأنه يؤدي إلى أن يستأثر

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٥٩ ، ٨١ ، فتح القدير ٥ / ٢٥ ، الفتاوى الهندية ٢ / ٣٥٠ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٤ .

واحد بشيء من الربح ، زاعما أنه من عمله في النصف الآخر . خلافا لمن ذهب إلى أن ربح النصف هو نصف الربح [١]

النوع الثاني : في شركة المفاوضة خاصة :

فتنعقد عنانا إذا اختل شرط منه :

أولا : أهلية الكفالة :

٤٠ - وهذا شرط الحنفية في كل من الشريكين ، لأن كل واحد منهما بمنزلة الكفيل عن صاحبه فيما يجب من دين التجارة أو ما يجري مجراها ، كالاقتراض إذ كل ما يلزم أحدهما من هذا القبيل يلزم الآخر . فمن لم تتوافر فيه شروط هذه الأهلية - من بلوغ وعقل - لم تصح منه شركة المفاوضة : ولو فعلها الصغير بإذن وليه ، لأن المانع ذاتي ، إذ هو ليس من أهل التبرعات ولأن الكفالة المقصودة هنا هي كفالة كل شريك جميع ما يلزم الآخر من الديون الآنفة الذكر . ومن هنا يمنع محمد شركة المفاوضة من المريض مرض الموت ، ومن في معناه - كالمرتد - لأن كفالته إنما تكون في حدود ثلث تركته ، والكفالة في شركة المفاوضة غير محدودة .

وأما الذين وافقوا الحنفية في أصل القول

(١) المغني لا بن قدامة ٥ / ١٢٤ ، ١٤٨ ، ١٤٩ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٠٠ .

بشركة المفاوضة ، وخالفوهم في التفصيل - وهم المالكية والحنابلة - فلم يبنوها على الكفالة ، واكتفوا بما فيها من معنى الوكالة : فليس على الشريك فيها عندهم ضمان غرامات لزمت شريكه دون أن يأذن هو في أسبابها [١] .

٤١ - ثانيا - يشترط أبو حنيفة ومحمد التساوي في أهلية التصرف : فتصح بين الحرين الكبيرين ، اللذين يعتنقان دينا واحدا - كمسلمين ونصرانيين - أو ما هو في حكم الدين الواحد - كذميين ، ولو كان أحدهما كتابيا والآخر مجوسيا ، إذ الكفر كله ملة واحدة [٢] .

ولا تصح شركة المفاوضة بين حر ومملوك ، ولو مكاتبا أو مأذونا في التجارة ، ولا بين بالغ وصبي ، ولا بين مسلم وكافر ، لاختلال هذه الشريطة - إذ المملوك والصبي محجور عليهما ، بخلاف الحر البالغ ، والكافر يسعه أن يشتري الخمر والخنزير ويبيعها ، ولا كذلك المسلم .

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٦٠ ، ٦١ ، رد المحتار ٣ / ٣٤٨ ، ٣٤٩ ، الخرشي على خليل ٤ / ٢٦١ ، الشرح الكبير مع المغني ٥ / ١٩٨ .

(٢) هذا هو تعليل صاحب فتح القدير . وتعليل صاحب العناية يوهم خلافه ، إذ يقول : لتحقق التساوي في كونهما ذميين (العناية على الهداية مع فتح القدير ٥ / ٧) .

أما أبو يوسف فيكتفي بالتساوي في أهلية الوكالة والكفالة ، ولا يعتد بتفاوت الأهلية فيما عداهما ، ولذا فهو يصحح شركة المفاوضة بين المسلم والذمي ـ قياسا على المفاوضة بين الكتابي والمجوسي ، فإنها تصح برغم التفاوت في أهلية التصرف ، بعد التساوي في أهلية الوكالة والكفالة ، ولا يرى أبو يوسف فرقا ، إلا من حيث الكراهة ، فإنه يكره الشركة بين المسلم والكافر ، لأن الكافر لا يهتدى إلى وجوه التصرفات المشروعة في الإسلام ، وإن اهتدى فإنه لا يتحرز من غيرها كالربا وما إليه ، فيتورط المسلم بمشاركته في أكل ما لا يحل [1] .

ويرى الشافعية كراهة الشركة بين المسلم والكافر .

وأما المالكية والحنابلة ، فنفوا الكراهة بشرط أن لا يتصرف الكافر إلا بحضور شريكه المسلم ، لأن ارتكابه المحظورات الشرعية في تصرفاته للشركة يؤمن حينئذ . ثم ما لا يحضره منها شريكه المسلم ، وتبين وقوعه على غير وجهه من الوجهة الإسلامية ـ كعقود الربا ، وشراء الخمر والميتة ـ فقد نص الحنابلة على أنه ـ مع فساده ـ يكون فيه الضمان على الكافر . وما لم يتبين فالأصل فيه

(١) فتح القدير ٥ / ٧ ، ٨ ، رد المحتار ٣ / ٣٤٨ .

الحل . واحتجوا للجواز بأنه صلوات الله عليه عامل أهل خيبر ـ وهم يهود ـ بنصف ما يخرج منها وهذه شركة ، وابتاع طعاما من يهودي بالمدينة ، ورهنه درعه ، ومات وهي مرهونه [1] ـ وهذه معاملة . ولا يبدو في كلام المالكية خلاف عن هذا ، إلا أنهم قالوا : إذا شك الشريك المسلم في عمل شريكه الكافر بالربا استحب له التصدق بالربح ، وإذا شك في عمله بالخمر استحب له التصدق بالجميع [2] .

ثالثا ـ أن لا يشترط العمل على أحد الشريكين :

٤٢ ـ فلو شرط العمل على أحد المتفاوضين بطلت الشركة عند الحنفية [3] . لأن هذا تصريح بما ينافي طبيعة المفاوضة من المساواة فيما يمكن الاشتراك فيه من أصول التصرفات . وللمالكية شيء قريب من هذا ، إذ شرطوا ـ في شركة الأموال مطلقا ـ أن يكون

(١) حديث : (أنه عامل أهل خيبر) . أخرجه البخاري (الفتح ٥ / ١٣ ـ ط السلفية) ، ومسلم (٣ / ١١٨٦ ـ ط الحلبي) من حديث ابن عمر . وحديث : (أن النبي ﷺ توفى ودرعه مرهونة) . أخرجه البخاري (الفتح ٦ / ٩٩ ـ ط السلفية) .

(٢) المغني لابن قدامة ٥ / ١١٠ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٢٤٥ ، الفواكه الدواني ٢ / ١٧٢ ، بدائع الصنائع ٦ / ٦١ ، رد المحتار ٣ / ٣٤٨ .

(٣) الفتاوى الهندية ٢ / ٣٥٠ .

العمل بقدر المالين ، أي عمل كل واحد من الشريكين بقدر ماله : إن كان له النصف في رأس المال فعليه النصف في العمل ، أو الثلثان فعليه الثلثان ، وهكذا بحيث إذا شرط خلاف ذلك : كأن جعل ثلثا العمل أو ثلثه على الشريك بالنصف ، كانت الشركة فاسدة ، والربح على قدر المالين : ويرجع كل من الشريكين على الآخر بما يستحقه عنده من أجرة . أما إذا وقعت الزيادة في العمل تبرعا من أحد الشريكين دون أن تكون مشروطة عليه ، فلا بأس ، إذ ذلك تفضل منه وإحسان [1].

شروط خاصة بشركة الأموال مطلقا :

أي سواء كانت شركة مفاوضة أم شركة عنان :

٤٣ ـ الشرط الأول : أن يكون رأس المال عينا ، لا دينا : لأن التجارة التي بها يحصل مقصود الشركة وهو الربح ، لا تكون بالدين . فجعله رأس مال الشركة مناف لمقصودها [2].

٤٤ ـ الشرط الثاني : أن يكون المال من الأثمان :

(١) فتح القدير ٥ / ٥ ، بلغة السالك ٢ / ١٧٠ ، الفواكه الدواني ٢ / ١٧٣ .

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٦٠ ، رد المحتار ٣ / ٣٥١ ، والمغني ٥ /١٢٧ .

سواء أكان من النقدين ، أعني الذهب والفضة المضروبين ، أم الفلوس النافقة أم الذهب والفضة غير المضروبين [1]. إذا جرى بهما التعامل وعلى هذا استقر الفقه الحنفي .

والعروض كلها ـ وهي ما عدا النقدين من الأعيان ـ لا تصلح رأس مال شركة ولا حصة فيه لشريك [2] . ولو كانت مكيلا أو موزونا أو عدديا متقاربا ، في ظاهر الرواية عن أبي حنيفة ، ومعه أبو يوسف وبعض الحنابلة .

وذهب محمد وجماهير الشافعية إلى التفرقة بين نوعين من العروض :

النوع الأول : المكيل والموزون والعددي المتقارب .

والثاني : سائر العروض .

وبعبارة أخرى : فرقوا بين المثليّ ، والمتقوم : فمنعوا انعقاد الشركة في النوع الثاني بإطلاق ، وأجازوها في النوع الأول ، بعد الخلط مع اتحاد الجنس ، ذهابا إلى أن هذا النوع ليس من العروض المحضة ، وإنما

(١) ويسميان لغة باسم التبر ، ما لم يذابا على النار (أي قبل تخليصهما من تراب المعدن) وإلا فهما النقرة ، كما في المغرب ، والذي في المصباح قصر النقرة على الفضة التي أذيبت وخلصت .

(٢) رد المحتار ٣ / ٣٥٠ ، بدائع الصنائع ٦ / ٥٩ ، ٦١ ، فتح القدير ٥ / ١٥ ، ١٦ ، الفتاوى الهندية ٢ / ٣٠٦ ، الفروع ٢ / ٤١٧ .

هو عرض من وجه - لأنه يتعين بالتعيين ، ثمن من وجه - لأنه يصح الشراء به دينا في الذمة ، شأن الأثمان : فناسب أن يعمل فيه بكلا الشبهين ، كل في حال - فأعمل الشبه بالعروض قبل الخلط ، ومنع انعقاد الشركة فيه حينئذ ، والشبه بالأثمان بعده ، فصححت إذ ذاك الشركة فيه ، لأن شركة الملك تتحقق بالخلط ، فيعتضد بها جانب شركة العقد ، وإنما قصر التصحيح على حالة اتحاد الجنس ، لأن الخلط بغير الجنس - كخلط القمح بالشعير ، والزيت بالسمن - يخرج المثليّ عن مثليته ، وهذا يؤدي إلى جهالة الأصل والربح والمنازعة عند القسمة ، لمكان الحاجة إلى تقويمه إذ ذاك لمعرفة مقداره والتقويم حزر وتخمين ، ويختلف باختلاف المقومين ، بخلاف المثليّ فإنه يحصل مثله .

وذهب أكثر الحنابلة وبعض الشافعية إلى اشتراط أن يكون رأس المال من النقد المضروب . بأية سكة ، ويصرح ابن قدامة من الحنابلة بأن لا تسامح في شيء من الغش إلا أن يكون في حدود القدر الضروري الذي لا غنى لصناعة النقد عنه [1] .

وأما المالكية : فتصح الشركة عندهم إذا أخرج كل واحد من الشركاء ذهبا أو فضة . كما تصح إذا أخرج أحدهما ذهبا وفضة وأخرج الثاني مثل ذلك . وتصح أيضا عندهم بعين من جانب وعرض من الآخر ، أو بعرض من كل منهما سواء اتفقا في الجنس أو اختلفا . ولا تصح عندهم بذهب من أحد الجانبين وفضة من الجانب الآخر ، ولو عجل كل منهما ما أخرجه لصاحبه ، وذلك لاجتماع شركة وصرف ، ولا تصح بطعامين وإن اتفقا في القدر والصفة [1] .

وذهب ابن أبي ليلى إلى تصحيح الشركة بالعروض مطلقا ، ويعتمد في القسمة قيمتها عند العقد . وهي رواية عن أحمد ، اعتمدها من أصحابه أبو بكر وأبو الخطاب ، إذ ليس في تصحيحها بالعروض على هذا النحو إخلال بمقصود الشركة - فليس مقصودها إلا جواز تصرف الشريكين في المالين ، ثم اقتسام الربح ، وهذا كما يكون بالأثمان ، يكون بغيرها . واستأنسوا لذلك باعتبار قيمة عروض التجارة عند تقدير نصاب زكاتها [2] .

الشرط الثالث : أن يكون رأس المال حاضرا :

---

(١) نهاية المحتاج ٥ / ٦ ، المغني لابن قدامة ٥ / ١٢٦ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٤٩٧ .

(١) الشرح الصغير ٣ / ٤٥٨ - ٤٦١ ، الخرشي على خليل ٤ / ٢٥٦ ، البهجة شرح التحفة ٢ / ٢١٢ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥ / ١٢٥ .

٤٥ - اشترط الحنفية أن يكون رأس المال حاضرا ، قال الكاساني : إنما يشترط الحضور عند الشراء لا عند العقد لأن هذا كاف في حصول المقصود ، وهو الاتجار ابتغاء الربح : ولذا فالذي يدفع ألفا إلى آخر ، على أن يضم إليها مثلها ، ويتجر ويكون الربح بينهما ، يكون قد عاقده عقد شركة صحيحة ، إذا فعل الآخر ذلك - وإن كان هذا الآخر لا يستطيع إشراكه في الخسارة إلا إذا أقام البينة على أنه فعل ما اتفقا عليه .

هكذا قرره الكاساني ، والكمال بن الهمام ، وجاراهما ابن عابدين وعبارة الهندية ، عن الخانية وخزانة المفتين ، أن الشرط هو أن يكون المال حاضرا عند العقد أو عند الشراء . فلا تصح الشركة بمال غائب في الحالين : عند العقد وعند الشراء [1] .

واشترط الحنابلة حضور المالين عند العقد قياسا ذلك على المضاربة ، ويرون أن حضور المالين عند العقد هو الذي يقرر معنى الشركة ، إذ يتيح الشروع في تصريف أعمالها على الفور ، ولا يتراخى بمقصودها ، لكنهم يقولون إذا عقدت الشركة بمال غائب أو دين في الذمة ، وأحضر المال وشرع الشريكان في التصرف فيه تصرف الشركاء ، فإن الشركة تنعقد بهذا التصرف نفسه .

أما المالكية فقد فسر الخرشي كلام خليل بما يفيد اشتراط حضور رأس المال ، أو ما هو بمثابة حضوره - إلا أنه قصر ذلك على رأس مال هو نقد : فذكر أنه إذا غاب نقد أحد الشريكين ، فإن الشركة لا تصح ، إلا إن كانت غيبته قريبة ، ومع ذلك لم يقع الاتفاق على البدء في أعمال التجارة قبل حضوره . فإذا كانت غيبته بعيدة ، أو قريبة واتفق على الشروع في التجارة قبل حضوره ، أو غاب النقدان كلاهما (نقدا الشريكين) ولو غيبة قريبة ، فإن الشركة حينئذ لا تكون صحيحة ، ومنهم من حد البعد بمسيرة أربعة أيام ، ومنهم من حده بمسيرة عشرة أيام ، واستقر به الخرشي . ولكن الخرشي أشار إلى تفسير آخر ، يجعل هذا الشرط شرط لزوم ، لا شرط صحة [1] .

الشرط الرابع : الخلط

٤٦ - لا يشترط الحنفية ولا الحنابلة في شركة الأموال خلط المالين . أما المالكية ، فالصواب أنه عندهم ليس بشرط صحة أصلا ، بل ولا بشرط لزوم عند ابن القاسم

---

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٦٠ ، فتح القدير ٥ / ١٤ ، ٢٢ ، رد المحتار ٣ / ٣٥١ ، الفتاوى الهندية ٢ / ٣٠٦ .

(١) المغني لابن قدامة ٥ / ١٢٧ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٤٩٧ ، ٤٩٩ ، ٥٠١ ، الخرشي ٤ / ٥٨ .

ومعـه أكثـرهم ، لأن الشركة تلزم عندهم - خلافا لابن رشد - بمجرد العقد ، أي بمجرد تمام الصيغة ، ولو بلفظ : « اشتركنا » أو ما يدل على هذا المعنى أية دلالـة : قولية أو فعلية . وإنـما هو شرط ضمان المـال على الشريكين : فما تلف قبله ، إنمـا يتلف من ضمان صاحبه . والشركة ماضية في الباقي - فما اشترى به فللشركة وفق شروط عقدها ، إلا أن يكون صاحب المال الباقي هو الذي اشتراه بعد علمه بتلف مال شريكه ، ولم يرد شريكه مشاركته ، أو ادعى هو أنه إنما اشتراه لنفسه - فإنه يكون لشاريه خاصة ، على أن شرط الخلط عند المالكية خاصة بالمثليات أما العـروض القيمية ، فلا يتوقف ضمانها على خلطهـا ، كما أن الخلط ، ليس حتـما أن يكـون حقيقيا بحيث لا يتميز المالان - فيما قرره ابن القاسم ، وجرى عليه الأكثرون ، بل يكفي الخلط الحكمي : بأن يجعل المالان في حوز شخص واحـد ، أو في حوز الشريكين معا - كأن يوضع المالان منفصلين في دكان وبيد واحد من الشريكين مفتاح له أو يوضـع كل مال في حافـظة على حدة ، وتسلم الحافظتان إلى أحد الشريكين أو إلى صراف محلهما أو أي أمين يختارانه .

وعند الشافعية : إذا لم يخلط المالان فلا شركـة . وكذلك إذا خلطا وبقيا متميزين - لاختـلاف الجنس كنقـود بلدين بسكتين أو نقود ذهبية وفضية ، أو الوصف كنقود قديمة وجـديدة لأن بقـاء التمايز يجعل الخلط كلا خلط . وإذن يكـون لكـل واحـد من الشريكـين ربـح مالـه ووضيعتـه ، أي خسارته ، وإذا هلك أحد المالين قبل الخلط هلك من ضمان صاحبه فحسب ، ولا رجوع له على الآخر بشيء ، وهم لا يعتدون بالخلط بعد العقد ، وإن كان منهم من يتسامح إذا وقـع الخلط بعـد العقـد قبـل انفضـاض مجلسه : فيحتاج الشريكان إلى تجديد الإذن في التصرف بعـد الخلط المتراخي ومن البين بنفسه أن المال يرثه اثنان أو يشتريانه أو يوهب لهما ، يكون بطبيعته مخلوطا أبلغ خلط ، ولو كان من العروض القيمية [١] .

شروط خاصة بشركة المفاوضة في الأموال :

وهي شروط إذا اختلت كانت الشركة عنـانـا

٤٧ - الشرط الأول : اشترط الحنفية المساواة في رأس المال

ويعتـبر ابتداء وانتهاء فلا بد من قيام

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٦٠ ، بلغة السالك ٢ / ١٦٨ ، حواشي تحفـة ابن عاصم ٢ / ٢١٣ ، بداية المجتهـد ٢ / ٢٥٣ ، الخـرشي على خليل ٤ / ٢٥٧ ، نهاية المحتاج ٦ / ٥ ، مغني المحتاج ٢ / ٢١٣ .

المساواة ما دامت الشركة في رأس المال قائمة كألف دينار من هذا ، وألف دينار من ذاك ، لأن الشركة عقد غير لازم ، لكل من الشريكين فسخه متى شاء ، فصارت كالمتجددة كل ساعة ، والتحق استمرارها بابتدائها في اشتراط المساواة بمقتضي اسمها (مفاوضة) فإذا اتفق ، بعد عقد الشركة على التساوي ، أن ملك أحد الشريكين ، بإرث أو غيره ولو صدقة ، ما تصح فيه الشركة - وهو الأثمان - وقبضه ، فإن المفاوضة تبطل ، وتنقلب عنانا لفوات المساواة . أما إذا ملك ما لاتصح فيه الشركة كالعروض ، عقارية أو غيرها ، وكالديون فإن هذا لا ينافي المساواة فيما يصلح رأس مال للشركة ، فلا ينافي استمرار المفاوضة إلا إذا قبض الديون أثمانا فحينئذ تحصل المنافاة وتبطل المفاوضة . وتتحول عنانا [1] .

ولا يخل بهذه المساواة - في أشهر الروايتين عن أبي حنيفة - اختلاف النوع : كنقود ذهبية لهذا وفضية لذاك ، إذا استويا في القيمة ، فإذا زادت قيمة حصة أحدهما خرجت الشركة عن المفاوضة إلى العنان - إلا أن تكون الزيادة قد طرأت بعد الشراء بالحصتين ، أو إحداهما . لأن الشركة في الحالة الأولى : قد انتقلت من رأس المال إلى ما اشترى به ، فلم يجتمع في رأس المال شركة وتفاوت ، وفي الحالة الثانية تكون الحصة الباقية كأنها بينهما ، لأن نصف ثمن ما اشترى مستحق على صاحبها ، وقلما يتفق الشراء بالحصتين جميعا ، فاقتضى الاستحسان ، تفاديا للحرج ، إلحاقها بالحالة الأولى : وإن كان القياس فساد المفاوضة فيها . وقد تقدم [1] أن المالكية والحنابلة لا يشترطون المساواة بين الشريكين في رأس المال لصحة المفاوضة [2] .

الشرط الثاني : شمول رأس المال لكل ما يصلح له من مال الشريكين :

٤٨ - وقد تقدم أن الأثمان وحدها هي الصالحة لذلك عند الحنفية ، إذا كانت عينا لا دينا ، حاضرة لا غائبة - سواء أكانت أثمانا بأصل الخلقة أم بجريان التعامل .

فإذا كان لأحد الشريكين شيء من ذلك آثر بقاءه خارج رأس المال - ولو لم يكن بيده ، كأن كان وديعة عند غيره - فالشركة عنان ، لا مفاوضة لعدم صدق اسمها إذ ذاك .

أما ما خرج عن هذا النمط ، فلا يضير

(١) بدائع الصنائع ٦ /٧٨ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٠ .

(١) ر : ف / ٢٧ .
(٢) فتح القدير ٥ / ٦ ، بدائع الصنائع ٦ / ٦١ .

المفاوضة أن يختص أحد الشريكين منه بما شاء لأنه لا يقبل الشركة ، فأشبه اختصاص أحدهما بزوجة أو أولاد ، فليحتفظ لنفسه بما أحب من العروض (بالمعنى الشامل للمثلي - على ما فيه من نزاع محمد - والعقار) ، أو الديون أو النقود الغائبة - ما دامت كذلك . فإذا قبض الدين نقودا ، أو حضرت النقود الغائبة - تحولت المفاوضة إلى عنان ، لما تقدم من اشتراط استمرار المساواة[1] .

الشرط الثالث : إطلاق التصرف لكل شريك في جميع أنواع التجارة :

٤٩ - وهو شرط عند الحنفية . فيتجر كل شريك في أي نوع أراد ، قل أو كثر ، سهل أو عسر ، رخص أو غلا . حتى لو أن الشريكين تشارطا على أن يتقيدا هما أو أحدهما ببعض أنواع التجارات - كأن لا يتجرا في الحاصلات الزراعية ، أو الآلات الميكانيكية ، أو أن يتجر أحدهما في هذه دون تلك ، والآخر بالعكس - لم تكن الشركة مفاوضة ، بل عنانا ، لأن المفاوضة تقتضي تفويض الرأي في كل ما يصلح للاتجار فيه ، وعدم التقييد بنوع دون نوع ، كما صرح به صاحب الهداية .

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٦١ ، فتح القدير والعناية على الهداية ٥ / ٦ ، رد المحتار ٣ / ٣٤٨ .

وشرط إطلاق التصرف لكلا الشريكين غير مقرر عند المالكية والحنابلة ، لأن المالكية ينوعون المفاوضة إلى عامة لم تقيد بنوع من أنواع المتاجر دون نوع ، وخاصة - بخلافها . كما أن الحنابلة يئول كلامهم إلى مثل هذا ، لأنهم - وإن كانوا يقرون منها نوعا شاملا لجميع أنواع التصرفات - فإنهم يقررون نوعا آخر يمكن أن يقيد فيه الشركاء بعضهم بعضا بقيود بعينها[1] .

شروط خاصة بشركة الأعمال :

٥٠ - الشرط الأول : أن يكون محلها عملا : لأن العمل هو رأس المال في شركة الأعمال - فإذا لم يكن من أحد الشريكين عمل ، لم تصح الشركة . ولكن يكفي لتحقق هذا العمل أن يتعاقدا على التقبل : سواء أجعلا التقبل لكليهما أم لأحدهما عمليا ، وإن كان للآخر أيضا نظريا أي من حقه (بمقتضى عقد الشركة) أن يتقبل الأعمال المتفق على تقبل نوعها - إذ كل شريك بمقتضى عقد الشركة وكيل عن شريكه في هذا التقبل ، وإن لم يحسن العمل المتقبل - لكنه ، لأمر ما ، ترك التقبل لشريكه ، فربما كان ذلك

(١) فتح القدير ٥ / ٥ ، ٦ ، الفتاوى الهندية ٢ / ٣٠٨ ، ومن قبلهم ابن نجيم ، ومن بعدهم ابن عابدين رد المحتار ٣ / ٣٥١ ، الخرشي على خليل ٤ / ٢٥٩ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٥٣ .

أجدى على الشركة والشريكين . حتى لو أنَّه شاء ، بعد هذا الترك ، أن يمارس حقه في التقبل ، لم يكن لشريكه أن يمنعه ، فإذا تقبل العمل أحد الشريكين بعد قيام الشركة وقام به وحده ـ كأن تقبل الثوب للخياطة ، وقطعه وخاطه ـ فالأجر بينه وبين شريكه مناصفة ، إن كانت الشركة مفاوضة ، وعلى ما اتفقا إن كانت عنانا . ذلك أن التقبل وقع عنهما ـ إذ شطره عن الشريك الآخر بطريق الوكالة ـ وصار العمل مضمونا عليهما بعد التقبل : فانفراد أحدهما به إعانة متبرع بها بالنسبة لما كان منه على شريكه ، والخراج بالضمان [1] .

ومن أمثلة الشركة الفاسدة التي خلت من عمل أحد الشريكين : شركة قصارة [2] يتفق فيها الشريكان أن يقدم أحدهما آلة القصارة ، ويقوم الآخر بالعمل كله : تقبلا وانجازا ـ ولا شأن للأول بعد ، إلا في اقتسام الربح . ولفساد هذه الشركة ، تكون الأجرة للعامل ، لأنها استحقت بعمله ، وعليه لصاحب الآلة أجرة مثل آلته .

وقد نص الحنفية على فساد هذه الصورة مع تصريحهم ـ كالحنابلة ـ بصحة شركة القصارة ـ وغيرها من سائر الصناعات ـ على أن يعمل الشريكان بآلة أحدهما ، في بيت الآخر ـ وتكون الأجرة بينهما ، لأنها بدل عن العمل ، لا عن آلته ومكانه : وكل ما في الأمر ، أن أحدهما أعان متبرعا بنصف الآلة ، وأعان الآخر بنصف المكان ، نعم إن فسدت الشركة قسم ما حصل لهما على قدر أجر عملهما ، وأجر الدار والآلة ونحوهما مما قدمه كل شريك ، نص عليه الحنابلة [1] .

٥١ ـ وكون الشريك في شركة الأعمال ، يستحق حصته في الربح ، ولو لم يعمل ، هو مبدأ مقرر أيضا عند الحنابلة . على أن منهم ـ كابن قدامة ـ من يبدي احتمال أن يحرم من حصته في الربح من يترك العمل بلا عذر ، لإخلاله بما شرط على نفسه .

ومما قرره المالكية ـ وإن لم يصرحوا بأن فيه فسخا للشركة ـ أن الشريك يختص بما يتقبله من أعمال الشركة ـ بعد طول مرض شريكه ، أو طول غيبته ـ ضمانا ، وعملا ، وأجرة عمل . بخلاف ما تقبله في حضوره صحيحا أو بعد غيبته أو مرضه لفترة وجيزة [2] .

---

(١) رد المحتار ٣ / ٣٥٨ ، الفتاوى الهندية ٢ / ٣٢٩ .

(٢) هي المعروفة الآن بالمنجلة : فقد جاء في المصباح : قصرت الثوب قصرا بيضته ، والقصارة ـ بالكسر ـ الصناعة ، والفاعل قصار .

(١) رد المحتار ٣ / ٣٥٨ ، بدائع الصنائع ٦ / ٦٤ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٥٠ .

(٢) فتح القدير ٥ / ٣٣ ، رد المحتار ٣ / ٣٦١ ، المغني لابن قدامة ٥ / ١١٥ .

٥٢ ـ أما الآلة ، فإن المالكية يعتبرونها متممة للعمل . فلا بد أن تكون مساوية لحصة الشريك في العمل : بحيث لا يجوز أن يشرط عليه تقديم ثلثي الآلة على حين أن حصته في العمل هي الثلث أو النصف ، دون أن يحسب حساب هذه الزيادة في صلب العقد ـ فإن ذلك يفسد الشركة للتفاوت بين الربح والعمل نظرا إلى تكملة الاعتبارية ، وإن كان يمكن التجاوز عن فرق يسير يتبرع به في العقد ، أما التبرع بعد العقد ، فلا حد له . فكيف إذا قدم أحد الشريكين آلة العمل كلها مجانا في العقد ؟ على أن غير سحنون وصحبه ـ من المالكية ـ لا يكتفون بهذا . بل يشترطون أن تكون الآلة بين الشريكين شركة ملك : إما ملك عين ، أو ملك منفعة ، أو ملك عين من جانب وملك منفعة من الآخر ـ كما إذا كانت ملكا لأحدهما ولكنه أجر لشريكه حصة منها تساوي حصته في العمل ، أو كانت لكل منهما آلة هي ملك له خاص ، إلا أنهما تكاريا بعض هذه ببعض تلك في حدود النسبة المطلوبة . بل إن ابن القاسم ليحتم أن يكونا في ضمان الآلة سواء : فلا يسوغ أن تكون بينهما بملك رقبة لأحدهما ، وملك منفعة للآخر .

وأكثر الحنابلة يوافقون على الحكم بالفساد في حالة اشتراط العمل على واحد منهم بعينه . لكن اختار ابن قدامة الصحة ، وقال : إنه قياس نص أحمد والأوزاعي فيمن دفع دابته إلى آخر ليغمل عليها والكسب بينهما . وجرى عليه ابن تيمية [١].

والشافعية يطلقون القول بالفساد : سواء اشترط العمل على الجميع أم على بعض دون بعض ، لأن هذه أموال متمايزة فلا يمكن أن تجمعها شركة صحيحة . فتطبق أحكام الشركة الفاسدة [٢].

٥٣ ـ الشرط الثاني : أن يكون العمل المشترك فيه يمكن استحقاقه بعقد الإجارة : كالنساجة والصباغة والخياطة وكالصياغة والحدادة والنجارة ، وكتعليم الكتابة أو الحساب أو الطب أو الهندسة أو العلوم الأدبية ـ وكذلك ، عل ما أفتى به المتأخرون استحسانا تعليم القرآن والفقه والحديث وسائر العلوم الشرعية ـ وإن كان الأصل فيها عدم صحة الإجارة عليها كسائر القرب .

أما ما لا يستحق بعقد الإجارة ، فلا تصح فيه شركة الأعمال . وهذا ينتظم جميع المحظورات الشرعية : كالنياحة على الموتى ،

---

(١) الخرشي علي خليل ٤ / ٢٦٨ ، ٢٧٠ ـ ٢٧١ ، بلغة السالك ٢ / ١٧٢ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٥٠ ، المغني ٥ / ١٧ .

(٢) بداية المجتهد ٢ / ٢٢٦ ، مغني المحتاج ٢ / ٢١٦ .

والأغاني الخليعة وقراءة القرآن بالأنغام المخلة بصحة الأداء ـ كما ينتظم جميع القُرَبِ ـ عدا ما استثناه المتأخرون للضرورة ، لئلا تضيع العلوم الشرعية ، أو تتعطل الشعائر الدينية : كالإمامة والأذان وتعليم القرآن [1] . فلا يصح التعاقد على إنشاء شركة وعاظ تعظ الناس وتذكرهم بالأجرة ، وكذلك لا تصح شركة الشهود ، لأن الشهادة من محظورات الشرع إن كانت زورا ، ومن القربات أو الفرائض إن كانت حقا ـ سواء في ذلك التحمل والأداء ، على ما هو مفصل في موضعه [2] .

شرط خاص بشركة الوجوه :

٥٤ ـ اشترط الحنفية وكذلك القاضي وابن عقيل من الحنابلة : أن يكون الربح بين الشريكين بنسبة ضمانهما الثمن : وضمانهما الثمن إنما هو بنسبة حصصهما فيما يشتريانه معا ، أو كل على انفراد . ومقدار هذه الحصص يتبع الشرط الذي وقع التشارط عليه عند عقد الشركة . فمن الجائز المشروع أن يتعاقدا في شركة الوجوه على أن يكون كل ما يشتريانه أو يشتريه أحدهما بينهما مناصفة ، أو على التفاوت المعلوم أيما كان ـ كأن يكون لأحدهما الثلث أو الربع ، أو أكثر من ذلك أو أقل ، وللآخر الثلثان أو الثلاثة الأرباع الخ . وإذ كان معلوما أن شركة المفاوضة لا تكون إلا على التساوي في الربح عند الحنفية ، فإنه يجب هنا أن تكون على التساوي في حصص المشترى وثمنه أيضا .

فإذا شرط لأحد الشريكين في الربح أكثر أو أقل مما عليه من الضمان فهو شرط باطل لا أثر له ، ويظل الربح بينهما بنسبة ضمانهما ، لأنه لا يوجد في هذه الشركة سبب لاستحقاق الربح سوى الضمان ، فيتقدر بقدره . ذلك أن الربح إنما يستحق بالمال أو العمل أو الضمان ، كما سيجيء في الأحكام ، ولا مال هنا ولا عمل ، فيتعين أن يكون الربح بسبب الضمان ، وإذن تكون قسمته بحسبه . لئلا يلزم ربح ما لم يضمن .

والمذهب عند الحنابلة أن الربح في شركة الوجوه يكون على حسب ما اتفقا عليه ، لأن الشريكين شركة وجوه يتجران ، والتجارة عمل يتفاوت كيفا ، كما يتفاوت كما ، ويختلف باختلاف القائمين به نشاطا وخبرة ـ فالعدالة أن تترك الحرية للمتعاقدين ليقدرا كل حالة بحسبها : حتى إذا اقتضت التفاوت في الربح ، لم يكن عليهما من حرج

(١) مجمع الأنهر ٢ / ٣٦٩ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٨ ، ٣٥٩ .
(٢) مجمع الأنهر ٢ / ١٧٧ ، ١٧٨ ، الفواكه الدواني ٢ / ١٧٢ ، حواشي التحفة لابن عاصم ٢ / ٢١٥ ، الفروع ٢ / ٧٢٩ .

في التشـارط عليه وفق ما يريان . نظيره ، لنفس هذا المـدرك ، شركـات العنـان الأخرى ، والمضـاربة ، إذ يكفي فيهما أن يكون الربح بين مستحقيه بنسبة معلومة ، على التساوي أو التفاوت ـ بالغا ما بلغ هذا التفاوت [١] .

أحكام الشركة والآثار المترتبة عليها :

أولا ـ أحكـام عـامة

أ ـ الاشتراك في الأصل والغلة :

٥٥ ـ حكم شركـة العقـد صيرورة المعقـود عليه ، وما يستفاد به مشتركا بينهما (أي العاقدين) [٢] .

ب ـ عدم لزوم العقد :

٥٦ ـ وهـذا متفق عليه عند غير المالكية . فلكل واحد من الشريكين أن يستقل بفسخ الشركـة ، رضي الآخـر أم أبى ، حضر أم غاب ، كان نقوداً أم عروضاً .

لكن الفسخ لا ينفد عند الحنفية إلا من حين علم الآخر به ، لما فيه من عزله عما كان له من التصرفـات بمقتضى عقد الشركة ، وهو عزل قصدي آثره الفاسخ باختياره ، فلا يسلط على الإضرار بغيره .

(١) الفروع ٢ / ٧٣١ ، والمغني لابـن قدامة ٥ / ١٢٣ ، ١٤١ .

(٢) الفتاوى الهندية ٢ / ٣٠٢ .

أمـا الشـافعية والحنـابلة ، فلم يشترطوا علـم الشريـك بالفسخ ، كمـا فـي عـزل الـوكيل [١] .

نعم شرط الطحاوي ، وأيده الزيلعي من الحنفية ـ ومعهـما ابن رشـد المالكي وحفيده وبعض الحنابلة [٢] ـ أن يكون المال ناضا لا عروضـا ، وإلا فالشركـة باقية ، والفسـخ لاغ . إلا أن هذا البعض من الحنـابلة لا يلغـون الفسـخ ، وإنـما يـوقفـونـه إلى النضـوض : فيظل لكـل من الشريكـين عنـدهـم التصرف في مال الشركـة من أجل نضوضه ـ حتى يتم ، وليس لهما أي تصرف آخر ، كالرهن أو الحوالة أو البيع بغير النقد الذي ينض به المال [٣] .

ويعـد من قبيل الفسـخ ، أن يقـول الشريك لشريكـه : لا أعمـل معـك في الشركة . فإذا تصرف الآخر في مال الشركة بعد هذا ، فهو ضامن لحصة شريكه في هذا المـال عند الفسخ : مثلا في المثلي ، وقيمة في المتقـوم [٤] .

(١) مغني المحتاج ٢ / ٢١٥ ، مطالـب أولي النهى ٣ / ٥٠٢ .

(٢) بلغـة السالك ٢ / ١٦٨ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٥٥ ، الفروع ٢ / ٧٢٧ .

(٣) المغني لابن قدامة ٥ / ٣٣ ، الفروع ٢ / ٧٢٧ ، بدائع الصنائع .فتح القدير ٥/ ٣٤ ، رد المحتار ٣ / ٣٦٢ .

(٤) فتح القدير ٥ / ٣٤ ، مجمع الأنهر ٢ / ٤٣٩ .

٥٧ ـ وبناء على عدم اشتراط النضوض ، إذا اتفق إن كان المال عروضا عندما انتهت الشركة ، فإن للشريكين أن يفعلا ما يريانه : من قسمته ، أو بيعه وقسمة ثمنه . فإن اختلفا ، فأراد أحدهما القسمة ، وآثر الآخر البيع ، أجيب طالب القسمة ، لأنها تحقق لكل منهما ما يستحقه أصلا وربحا ، دون حاجة إلى تكلف مزيد من التصرفات . ومن هنا يفارق الشريك المضارب ، إذ المضارب إنما يظهر حقه بالبيع . فإذا طلبه أجيب إليه . هكذا قرره الحنابلة [1] .

أما المالكية ـ عدا ابن رشد وحفيده ومن تابعهما ـ فعندهم أن عقد الشركة عقد لازم .

ويستمر هذا اللزوم إلى أن ينض المال ، أو يتم العمل الذي تقبل ، وقد استظهر بعض الحنابلة القول عندهم أيضا بلزوم شركة الأعمال بعد التقبل [2] .

ج ـ يد الشريك يد أمانة :

٥٨ ـ اتفق الفقهاء على أن يد الشريك يد أمانة بالنسبة لمال الشركة ، أيا كان نوعها . لأنه كالوديعة مال مقبوض بإذن مالكه ، لا ليستوفي بدله ، ولا يستوثق به [1] .

والقاعدة في الأمانات أنها لا تضمن إلا بالتعدي أو التقصير ، وإذن فما لم يتعد الشريك أو يقصر ، فإنه لا يضمن حصة شريكه ، ولو ضاع مال الشركة أو تلف . ويصدق بيمينه في مقدار الربح والخسارة ، وضياع المال أو تلفه كلا أو بعضا ، ودعوى دفعه إلى شريكه [2] .

٥٨م ـ ومن النتائج المترتبة على أمانة الشريك ، وقبول قوله بيمينه في مقدار الربح والخسارة ، والذاهب والمتبقي ، أنه ـ كسائر الأمناء ، مثل الوصي وناظر الوقف ـ لا يلزمه أن يقدم حسابا مفصلا . فحسبه أن يقول على الإجمال : لم يبق عندي من رأس مال الشركة إلا كذا ، أو تجشمت من الخسارة كذا ، أو لم أصب من الربح إلا كذا . فإن قبل منه فذاك ، وإلا حلف ، ولا مزيد .

هكذا أفتى قارىء الهداية ، وأطلق

---

(١) المغني لابن قدامة ٥ / ١٣٣ ، ١٣٤ .

(٢) فتح القدير ٥ / ٢٧ ، مجمع الأنهر ٢ / ٥٨٠ بلغة السالك ٢ / ١٦٥ ، الفواكه الدواني ٢ / ١٨٢ ، الخرشي على خليل ٤ / ٢٥٥ ، ٢٦٧ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٤٧ .

---

(١) تبيين الحقائق ٥ / ٦٤ ، الخرشي على خليل ٤ / ٢٦٢ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٠٣ ، أشباه السيوطي ٢٨٣ ، قواعد ابن رجب ٦٧ ، رد المحتار ٤ / ٥٠٥ ، بلغة السالك ٢ / ١٦٩ ، ١٧٠ ، دليل الطالب ١٤٣ ، الفروع ٢ / ٧٢٧ ، نهاية المحتاج ، ٥ / ١٢ مغني المحتاج ٢ / ٢١٦ ، البجيرمي على المنهج ٣ / ٢٩٧ .

(٢) رد المحتار ٣ / ٣٥٦ ، ٣٥٧ ، الإتحاف بأشباه ابن نجيم ٣٣٨ .

الفتوى ولكنهم قيدوها من الناحية القضائية ـ بما إذا كان الأمين معروفا بالأمانة في واقع الأمر ، وإلا فإنه يطالب بالتفصيل ويهدده القاضي إن لم يفعل . بيد أنه إن أصر على الإجمال فلا سبيل عليه وراء يمينه (١) .

وهكذا يقول الشافعية ، إذ ينصون على أن الشريك إذا ادعيت عليه خيانة فالأصل عدمها (٢) .

ومن التعدي : مخالفة نهي شريكه : فإن كل ما للشريك فعله من كيفيات التصرف إذا نهاه عنه شريكه امتنع عليه ـ فإذا خالفه ضمن حصة شريكه : كما لو قال له : لا تركب البحر بمال التجارة ، فركب ، أو لا تبع إلا نقدا ، فباع نسيئة (٣) .

وهذا هو الذي قرره الحنابلة : إذ يقولون : إن لم يكن للشريك بيع النسيئة فباعه ، كان البيع باطلا ، لأنه وقع بلا إذن ـ إلا إذا جرينا على أن بيع الفضولي موقوف ، فيكون موقوفا ، وإن كان ظاهر كلام الخرقي ـ منهم الصحة مع الضمان ـ إلا أنه ضمان الثمن ، بخلافه في قول البطلان ،

(١) رد المحتار ٣ / ٣٥٧ ، ٤٣٨ ، الإتحاف بأشباه ابن نجيم ٣٣٧ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٧ .

(٢) المهذب ١ / ٣٤٥ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٨٠ ، المغني والشرح الكبير ٥ / ١٢٩ .

(٣) وانظر استدراك ابن عابدين عليه في المسألة الأولى ، دون جدوى (رد المحتار ٣ / ٣٥٧) .

فإنه ضمان القيمة ، ويحتمل أن يكون الضمان هو ضمان القيمة على كل حال ـ لأنه لم يفت من المال سواها (١) .

ومن التعدي أن يحمل نصيب شريكه حتى يموت ، فإن مات دون أن يبين حال نصيب شريكه : هل استوفاه شريكه ، أو ضاع ، أو تلف بتعد ، أو بدونه ، أم لا ؟ وهل هو عين عنده أم عند غيره أم ديون على الناس ؟ فإنه إذن يكون مضمونا عليه في مال تركته ـ إلا إذا عرفه الوارث ، وبرهن على معرفته إياه ، وبين حاله بما ينفي ضمانه . وهذا هو مفاد قول ابن نجيم في الأشباه : « ومعنى موته مجهلا ، أن لا يبين حال الأمانة ، وكان يعلم أن وارثه لا يعلمها » (٢) .

وقد عبر الشافعية والحنابلة عن التجهيل المذكور بترك الإيصاء . لكنهم فيه أشد من الحنفية : إذ لا يعفى الشريك من الضمان عندهم أن يوصي إلى وارثه بما لديه لشريكه ، بل لا بد أن تكون الوصية إلى القاضي ، فإن لم يكن فإلى أمين مع الإشهاد عليها (٣) .

أما المالكية فكالحنفية إلا أنهم يسقطون الضمان بمضي عشر سنين ، ويقولون يحمل

(١) المغني لابن قدامة ٥ / ١٥٠ ، ١٥١ .

(٢) الإتحاف بأشباه ابن نجيم ٤١٥ .

(٣) البجيرمي على المنهج ٣ / ٢٩٣ ، الفروع ٢ / ٧٨٧ .

على أنه رد المال ، إذا كان أخذه بدون بينة توثيق [١] .

د - استحقاق الربح :

٥٩ - لا يستحق الربح إلا بالمال أو العمل أو الضمان ؛ فهو يستحق بالمال ، لأنه نماؤه فيكون لمالكه . ومن هنا استحقه رب المال في ربح المضاربة . وهو يستحق بالعمل حين يكون العمل : سببه : كنصيب المضارب في ربح المضاربة ، اعتباراً بالإجارة .

ويستحق بالضمان كما في شركة الوجوه . لقوله صلوات الله وسلامه عليه: « الخراج بالضمان » أو « الغلة بالضمان » [٢] أي من ضمن شيئا فله غلته . ولذا ساغ للشخص أن يتقبل العمل من الأعمال كخياطة ثوب - ويتعهد بإنجازه لقاء أجر معلوم ثم يتفق مع آخر على القيام بهذا العمل بأجر أقل من الأجر الأول ، ويربح هو فرق ما بينهما حلالا طيبا - لمجرد أنه ضمن العمل ، دون أن يقوم به : وعسى أن لا يكون له مال أصلا .

فإذا لم يوجد أحد هذه الأسباب الثلاثة ، التي لا يستحق الربح إلا بواحد منها ، لم يكن ثم سبيل إليه . ولذا لا يستقيم أن يقول شخص لآخر : تصرف في مالك على أن يكون الربح لي ، أو على أن يكون الربح بيننا - فإن هذا عبث من العبث عند جميع أهل الفقه ، والربح كله لرب المال دون مزاحم [١] .

٦٠ - وفي شركتي الأموال (المفاوضة والعنان) مال وعمل عادة . والربح في شركة المفاوضة دائما على التساوي كما علمناه . أما في شركة العنان : فالربح بحسب المالين ، إذا رأى الشريكان إغفال النظر إلى العمل ، ولهما أن يجعلا لشرط العمل قسطا من الربح يستأثر به - زائدا عما يستحقه في الربح بمقتضى حصته في رأس المال - من شرط عليه أن يعمل في الشركة : لئلا يكون قد استحقه بلا مال ولا عمل ولا ضمان : سواء أشرط على شريكه أن يعمل أيضا أم لا ، وسواء عمل هو بمقتضى الشرط أم لا ، لأن المناط هو اشتراط العمل ، لا وجوده .

ومن هنا كان سائغا في شركة العنان أن

(١) الخرشي على خليل ٤ / ٣٢٩ ، بلغة السالك ٢ / ٢٠٣ .

(٢) حديث : (الخراج بالضمان) أخرجه أبو داود (٣ / ٧٨٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث عائشة ، وصححه ابن القطان كما في التلخيص الحبير (٣ / ٢٢ - ط شركة الطباعة الفنية) .

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٦٢ ، فتح القدير ٥ / ٣١ ، حواشي تحفة ابن عاصم ٢ / ٢١٤ نهاية المحتاج ٦ / ٨ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٢ بلغة السالك ٢ / ٧٠ ، الفواكه الدواني ٢ / ١٧٣ ، مغني المحتاج ٢ / ٢١٥ ، الشرقاوي على التحرير ٢ / ١١٢ ، الباجوري على ابن قاسم ١ / ٤٠٠ . المغني لابن قدامة ٥ / ١٤٠ .

يتساوى المالان ويتفاضل الشريكان في الربح ، وأن يتفاضل المالان ويتساوى الربحان - على نحو ما وضعنا لا بإطلاق ، ولا حين لا يتعرض لشرط العمل : وإلا فالشرط باطل ، والربح بحسب المالين . أما الخسارة فهي أبدا بقدر المالين لأنها جزء ذاهب من المال ، فيتقدر بقدره .

وقال صاحب النهر من الحنفية : « اعلم أنهما إذا شرطا العمل عليهما : إن تساويا مالا وتفاوتا ربحا ، جاز عند علمائنا الثلاثة ، خلافا لزفر ، والربح بينهما على ما شرطا ، وإن عمل أحدهما فقط . وإن شرطاه على أحدهما : فإن شرطا الربح بينهما بقدر رأس مالهما جاز ، ويكون مال الذي لا عمل له بضاعة عند العامل ، له ربحه وعليه وضيعته ، وإن شرطا الربح للعامل - أكثر من رأس ماله - جاز أيضا على الشرط . ويكون مال الدافع عند العامل مضاربة ، ولو شرطا الربح للدافع - أكثر من رأس ماله - لايصح الشرط ، ويكون مال الدافع عند العامل بضاعة : لكل واحد منهما ربح ماله والوضيعة بينهما على قدر رأس مالهما أبدا [1] .

٦١ - وقاعدة الربح عند المالكية والشافعية أنه - كالخسارة - لابد أن يكون بقدر المالين -

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٦٢ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٢ .

فلو وقع التشارط على خلاف ذلك كان العقد نفسه باطلا [1] .

أما عند الحنابلة : فالربح بقدر المالين ما لم يشترط خلافه ، فيعمل بمقتضى الشرط [2] . وتفرد بعض متأخري الحنابلة بموافقة الحنفية تمام الموافقة : فالربح عندهم بقدر المالين إلا أن تشترط الزيادة لعامل فيصح الشرط حينئذ [3] .

ويضيف المالكية اشتراط أن يكون العمل أيضا بقدر المالين . وإلا فسدت الشركة : كما لو كانت حصة أحدهما فى رأس المال مائة ، وحصة الآخر مائتين ، وتعاقدا على التساوي في العمل . فإن وضعا هذه الشركة موضع التنفيذ ، استحق الشريك بالثلث الرجوع على الآخر بسدس عمله ، أي بأجرة مثل ذلك . نعم بعد تمام العقد علي الصحة يجوز للشريك أن يتبرع بشيء من العمل ، أو بالعمل كله [4] .

أما في المذاهب الأخرى ، فهم مصرحون بأن العمل فى شركة العنان يصح أن يكون

(١) بلغة السالك ٢ / ٧٠ ، الفواكه الدواني ٢ / ١٧٣ - مغني المحتاج ٢ / ٢١٥ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥ / ١٤٠ .

(٣) ومعلوم أن هذا عندهم في غير شركة المفاوضة ، رد المحتار ٣ / ٣٥٢ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٤٩٩ .

(٤) الخرشي على خليل ٤ / ٢٦١ ، والفواكه الدواني ٢ / ١٧٣ .

من واحـد : على معنـى أن يأذن أحـد الشريكـين للآخـر في الـتصرف ، دون الـعكس - فيتصرف المـأذون في جميع مال الشركـة ، ولا يتصرف الآذن إلا في مال نفسه - إن شاء - ولا يصح أن يشترط عليه عدم التصرف في مال نفسـه ، بل إن هذا الشرط ليبطل العقد نفسه - لما فيه من الحجر على المالك في ملكه . أما أن يتعهد هو بأن لا يعمـل ويشرط ذلك على نفسه فالحنابلة يصححون اشتراط أن يكون العمل مقصورا على أحدهما : ثم إن جعلت له لقاء عمله زيادة في الـربـح عما يستحقـه بحصتـه في المـال ، فإنها تكون شركة عنان ومضاربة ، وإن جعل الربح بقدر المالين ، دون زيادة ، لم تكن شركـة ، بل تكـون إبضاعا ، وإن جعلت الزيادة لغير العامل ، بطل الشرط في الأصح - أي وكانت إبضاعا أيضا ، كما هو قضية كلامهم إلا أن في كلام ابن قدامـة التصريح بأن شركة العنان تقتضي الاشتراك في العمل [1].

أحكام مشتركة بين المفاوضة والعنان :

٦٢ - أولا : صحتهـا مع اختـلاف جنس رأس المال ووصفه :

ومتى اتفق فى تقـدير بعض أهل الخبرة تساوي المالين ، فهذا كاف لتتحقق الشريطة المطلوبة .

ولا يشـترط الحنفية في المفـاوضـة ولا في العنـان اتحاد جنس رأس المال ولا وصفه . فتصحان مع اختلاف جنس المالين - سواء قدرا على التسـاوي أم على التفاوت ، مهما تكن درجـة هذا التفاوت ، أم لم يقدرا عند العقـد [1] و(تصـح) بخـلاف الجنس : كدنـانير من أحدهما ، ودراهم من الآخر ، وبخـلاف الـوصف : كبيض وسـود - وإن تفاوتت قيمتها . [2].

وصرح المـالكية باشـتراط اتحاد الجنس - دون الوصف ، في النقود خاصة ، وهذا عند جماهيرهم خلافا لأشهب وسحنون .

٦٣ - ثانيا : صحتهما مع عدم خلط المالين :

وهذا عند الحنفية والمالكية والحنابلة خلافا للشافعية كما تقدم .

٦٤ - ثالثا : صحتهما مع عدم تسليم المالين :

لا يشترط لصحة المفاوضة أو العنان ، أن يخلي كل شريك بين ماله وشريكه ، بخلاف

---

(١) مغني المحتاج ٢ / ٢١٣ . الفروع ٢ / ٧٢٥ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٤٩٩ .

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٦١ ، فتح القدير ٥ / ٦ .
(٢) رد المحتار ٣ / ٣٥١ ، ٣٥٢ .

المضاربة ـ إذ تتوقف صحتها على تسليم المال إلى المضارب كما سيجيء .

٦٥ ـ رابعا : لكل من الشريكين أن يبيع نقدا ونسيئة .

لكل من الشريكين أن يبيع ويشتري مساومة ومرابحة وتولية ومواضعة ، وكيف رأى المصلحة لأن هذا عادة التجار ، وله أن يقبض المبيع والثمن ويقبضهما ويخاصم بالدين ويطالب به ويحيله ويحتال ويرد بالعيب فيما وليه هو ، وفيما ولي صاحبه ، وأما البيع نسيئة فقد ذهب الحنفية إلى أن لكل من الشريكين أن يبيع ويشتري نسيئة لجريان عادة التجار بهذا وذاك كيفما اتفق ، وليس في عقد الشركة ما يمنع من تحكيم هذه العادة . ذلك أن ما تضمنه هذا العقد من الإذن في التصرف ، وقع مطلقا ، كما هو المفروض . ولو تشارطا في عقد الشركة على أن يبيعا نقداً لا نسيئة ، أو نسيئة لا نقداً ، أو ـ في شركة العنان ـ أن يبيع أحدهما نقدا والآخر نسيئة ، كانا على شرطهما . بل لو تراضيا على مثل هذه القيود بعد العقد ، وجب الالتزام بذلك ، وكذا لو نهى أحدهما شريكه ـ في شركة العنان ـ أن يبيع على نحو من الأنحاء بعينه ـ كأن نهاه أن يبيع نسيئة ، أو عن أن يبيع نقدا ، لامتنع عليه أن يفعل ما نهي عنه ـ حتى لو أنه خالف ، لكان ضامنا حصة شريكه . ولذا أفتى ابن نجيم في الذي يبيع نسيئة بعد ما نهاه شريكه ، بأن بيعه هذا نافذ في حصة نفسه ، موقوف على الإجازة في حصة شريكه : بحيث يبطل إن لم يجز . أي ثم يكون في الفوات الضمان [1] .

وعلى وزان البيع نقداً ونسيئة ، يقال في الشراء نقداً ونسيئة ، فإنهما لا يختلفان من هذه الناحية ، وإن اختلفا من ناحية أخرى : إذ أنه في المفاوضة يكون الشراء دائما للشركة ـ فيما عدا الحاجات الخاصة لكلا الشريكين . أما في شركة العنان ، فليس هو كذلك دائما ، كما سيجيء . نعم في فتاوي قاضي خان : أنه لو اشترى أحد شريكي المفاوضة طعاما نسيئة ـ أي بثمن مؤجل ـ فإن الثمن يكون عليهما ، بخلاف ما لو فعل ذلك أحد شريكي العنان ـ إذ يكون الثمن عليه خاصة ، وأنه لو باع أحد شريكي المفاوضة طعامه بعقد سلم ، فإنه يكون عقداً جائزاً على شريكه .

والمالكية والحنابلة ـ كالحنفية ، في أن

---

(١) رد المحتار ٣ / ٣٥٤ ، ٣٥٥ ، ٣٥٧ ، بدائع الصنائع ٦ / ٦٨ ـ ٧١ ، والمغني ٥ / ١٢٩ ، وبلغة السالك ٢ / ١٦٨ ، فتح القدير ٥ / ٢٦ ، الفتاوى الهندية ٣ / ٣٢٣ .

لكل شريك أن يبيع ويشتري نقدا ونسيئة ـ إلا أنهم لا يفرقون بين مفاوضة وعنان [١] . وذهب الشافعية وبعض الحنابلة إلى عدم جواز البيع نسيئة ، لما فيه من الغرر ، وتعريض أموال الشركة للضياع ـ ما لم يأذن سائر الشركاء [٢] وأقوى الاحتمالين عند الشافعية ، إذا وقع الإذن في مطلق نسيئة أو بصيغة عموم : كبع كيف شئت ـ أن يحمل على الأجل المتعارف ، لا غيره كعشر سنين [٣] .

٦٦ ـ خامسا : ذهب الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة إلى أن لكل من الشريكين أن يوكل في البيع والشراء وسائر التصرفات : كاستئجار أجير أو دابة أو عربة أو صانع أو بيطار ـ لشيء من تجارتهما ، وكالإنفاق في مصالح الشركة .

على أنه يجوز للشريك الآخر أن يعزل الوكيل الذي وكله شريكه ، متى ما شاء ، شأن وكيل الوكيل [٤] .

(١) حواشي تحفة ابن عاصم ٢ / ٢٠٩ ، بلغة السالك ٢ / ١٦٩ ، المغني لابن قدامة ٥ / ١٥٠ .

(٢) مغني المحتاج ٢ / ٢١٤ ، ٢١٥ ، نهاية المحتاج ٥ / ٨ ، ٩ .

(٣) حواشي نهاية المحتاج ٥ / ٩ .

(٤) بدائع الصنائع ٦ / ٦٩ ، فتح القدير ٥ / ٢٦ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٥ ، المغني لابن قدامة ٥ / ١٢٩ ، =

وذهب الشافعية وأكثر الحنابلة إلى أنه ليس للشريك حق التوكيل بدون إذن شريكه ، لأنه إنما ارتضى تصرفه هو . وقاعدتهم : « أن من لا يعمل إلا بإذن لا يوكل إلا بإذن » [١] .

٦٧ ـ سادسا : لكل من الشريكين أن يستأجر من يعمل للشركة : سواء في إصلاح مالها ـ كعلاج دوابها ، وتركيب آلاتها ـ أم في حراسته وحفظه ، أم في الاتجار به ، أم في غير ذلك ، ويمضي ذلك على شريكه ، لأن عادة التجار قد جرت بالاستئجار ـ في كل ما يعود نفعه على تجاراتهم [٢] .

٦٨ ـ سابعا : الشريك الذي يؤجر نفسه لمن تكون أجرته ؟ تكون أجرته للشركة ، ما لم يكن قد أجر نفسه للخدمة ، فحينئذ تكون به خاصة . وكالخدمة في العنان ما هو بمعناها .

أما بالنسبة لشركة المفاوضة ، فهذا هو صريح ما نقلوه عن التتارخانية ـ إذ تقول : « ولو أجر أحد المتفاوضين نفسه ، لحفظ

= ١٣٢ ، الإنصاف ٥ / ٤١٧ ، الخرشي على خليل ٤ / ٢٥٩ .

(١) المهذب ١ / ٢٥٦ ، مغني المحتاج ٢ / ٢٢٦ ، الإنصاف ٥ / ٤١٧ .

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٦٠ ، ٧٠ ، مغني المحتاج ٢ / ٢١٤ .

شيء ، أو خياطة ثوب ، أو عمل من الأعمال ، فالأجر بينهما . وكذلك كل كسب اكتسبه أحدهما ، فالأجر بينهما . ولو آجر نفسه للخدمة . فالأجر له خاصة [1] ، وهو مأخوذ من البدائع ، وقد علل الكاساني استثناء الخدمة بأن : الشريك فيها إنما يملك التقبل على نفسه ، دون شريكه ، بخلافه فيما عداها ـ فإذا التزم بالخدمة وقام بها ، فقد وفى بما لزمه خاصة ، فتكون الأجرة كذلك له خاصة ، وإذا تقبل عملا ما غير الخدمة ، والتزم به ، فإن هذا التقبل والالتزام يكون على كلا الشريكين ، لأنه يقبل الشركة ـ فإذا انفرد أحدهما بالعمل الملتزم ، وقع العمل عنهما : وكان الذي عمل متبرعا بحصة شريكه فيه ، فتكون الأجرة بينهما » [2] .

وليس لشريك المفاوضة ولا لشريك العنان ، أن يؤجر نفسه لعمل من أعمال تجارتهما ، ثم يختص بأجرته ـ إلا أن يؤذن له في ذلك إذنا صريحا ، لأنه لا يملك أن يغير مقتضى الشركة ، دون صريح الرضا من شريكه ـ كما قرره الكمال بن الهمام وغيره .

والمقرر عند المالكية والحنابلة ، أن الشريك يختص بأجرة عمله خارج الشركة ، ولو كان من جنس عملها ـ كما لو أخذ مالا يضارب به في نفس نوع تجارة الشركة (المنسوجات مثلا) غاية ما هناك ، أنه إذا شغل بذلك عن العمل في الشركة ، فلابد من إذن شريكه ـ حتى يكون هذا الإذن بمثابة التبرع له بعمله ذاك . وإلا كان لهذا الشريك أن يرجع عليه بأجرة مثل ما عمل عنه [1] .

٦٩ ـ ثامنا : ذهب الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة إلى أن لكل من الشريكين أن يدفع مال الشركة إلى أجنبي مضاربة ، لأن المضاربة أضعف من الشركة ، والأقوى يستتبع الأضعف . وإنما كانت المضاربة أضعف . لأن الخسارة فيها يختص بها رب المال ، وهي في الشركة على الشريكين بقدر المالين ، وفي المضاربة الفاسدة ليس للمضارب شيء من الربح ، أما في الشركة الفاسدة فالربح بين الشريكين بقدر ماليهما ، ثم مقتضى الشركة الاشتراك في الأصل والربح ، ومقتضى المضاربة الاشتراك في الربح دون الأصل [2] .

---

(١) الفتاوى الهندية ٢/ ٣١٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٧٥ .

(١) الخرشي على خليل ٤ / ٢٦٠ ، بلغة السالك ٢ / ١٦٩ ، حواشي تحفة ابن عاصم ٢ / ٢١٤ ، المغني لابن قدامة ٥ / ١٣٣ .

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٦٩ ، العناية على الهداية مع فتح القدير ٥ / ٢٥ ، بلغة السالك ٢ / ١٦٨ ، الإنصاف ٥ / ٤١٤ .

إلا أن المالكية يزيدون لجواز المضاربة قيد اتساع المال . وذهب الشافعية والحنابلة الذين لا يجيزون للشريك التوكيل والاستئجار للتجارة بدون إذن شريكه إلى منعه من دفع مال الشركة إلى أجنبي مضاربة .

٧٠ - تاسعا : ذهب الحنفية إلى أن لكل من الشريكين أن يودع مال الشركة ، لأن له أن يتركه في عهدة حارس يستأجره لحفظه ، فلأن يكون له ذلك بدون أجر أجدر وأولى . على أن الإيداع من مصالح التجارة ، إذ تتقى به السرقات ، وأخطار الطريق وغير الطريق [1] .

أما غير الحنفية ، فلا يرون للشريك أن يودع - إلا إذا دعت إلى ذلك حاجة به ، إذ المال قد يضيع بالإيداع . حتى لو أنه أودع من غير حاجة ، فضاع المال ضمنه [2] .

٧١ - عاشرا : ذهب أبو حنيفة ومحمد والحنابلة إلى أن لكل من الشريكين أن يسافر بمال الشركة دون إذن شريكه إذا أمن الطريق لأن المفروض أن الشركة أطلقت ، ولم تقيد بمكان . فالإذن بالتصرف الصادر في ضمنها لكل شريك هو على هذا الإطلاق ، إذ لا يخرج المطلق عن إطلاقه إلا بدليل ، ولادليل ، ويستوي بعد ذلك أن يكون السفر قريب الشقة أو بعيدها ، وأن يكون المال خفيف المحمل أو ثقيله - على خلاف في كل من هذا وذاك [1] .

وذهب الشافعية وأبو يوسف إلى أنه ليس للشريك أن يسافر بمال الشركة إلا بإذن صريح أو عرفي أو ضرورة . ومن الإذن العرفي ، ما لو عقدت الشركة على ظهر سفينة ، ثم استمرت الرحلة إلى المقصد . ومن الضرورة ، جلاء أهل البلد عنه لكارثة ، أو فرارا من زحف العدو القاهر . فإذا خالف الشريك ، فسافر سفرا غير مسموح به ، كان عليه ضمان حصة شريكه ، لو ضاع المال - لكنه لو باع شيئا مضى بيعه : دون أي تناف بين هذا ، وبين ثبوت ضمانه [2] . وكذا المالكية في شركة العنان . أما شريك المفاوضة فليس مقيدا إلا برعاية المصلحة [3] .

٧٢ - حادي عشر : يرى الحنفية أن لكل من الشريكين أن يقايل فيما بيع من مال

---

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٦٨ ، ٦٩ ، فتح القدير ٥ / ٢٥ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٥ .

(٢) بلغة السالك ٢ / ١٦٨ ، المغني لابن قدامة ٥ / ١٣٢ .

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٧١ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٠٤ .

(٢) مغني المحتاج ٢ / ٢١٥ .

(٣) الفواكه الدواني ٢ / ١٧٤ .

الشركة : سواء أكان هو البائع أم شريكه . لأن الإقالة شراء في المعنى ، وهو يملك شراء ما باعه ، أو باعه شريكه [١] .

وهذا أيضا هو مذهب المالكية ، والمعتمد عند الحنابلة ـ ولو بناء على أن الإقالة فسخ : على أحد احتمالين ـ اعتبارا بالرد بالعيب . إلا أنهم قيدوه بالمصلحة ـ كما لو خيف عجز المشتري عن الوفاء بالثمن ، أو تبين وقوع غبن على الشركة [٢] .

٧٣ ـ ثاني عشر : ليس لأحد الشريكين إتلاف مال الشركة أو التبرع به : لأن المقصود بالشركة التوصل إلى الربح . فما لم يكن ثمة إذن صريح من الشريك الآخر ، لايملك أحد الشريكين أن يهب ، أو يقرض من مال الشركة ، قليلا أو كثيرا [٣] . إذ الهبة محض تبرع ، والإقراض تبرع ابتداء ، لأنه إعطاء المال دون تنجز عوض في الحال . فإذا فعل ، فلا جواز لفعله على شريكه إلا بإذن صريح ، وإنما ينفذ في حصة نفسه لا غير .

٧٤ ـ إلا أن المتأخرين أدخلوا بعض المستثنيات على امتناع الهبة : إذ أجازوها في اللحم والخبز والفاكهة ، وما يجري هذا

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٧١ .

(٢) الخرشي على خليل ٤ / ٢٥٩ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٠٣ .

(٣) رد المحتار ٣ / ٣٥٦ .

المجرى مما يتهاداه الناس ، ويتسامحون فيه . جاء في الهندية : « له أن يهدي من مال المفاوضة ، ويتخذ دعوة منه . ولم يقدر بشيء . والصحيح أنه منصرف إلى المتعارف : وهو ما لا يعده التجار سرفا » [١] .

كما أنهم لم يعتمدوا طريقة أبي يوسف في عدم التفرقة بين هبة الشريك الذي تولى البيع ، لثمن ما باع . أو إبرائه منه ، وبين هبة الشريك الآخر أو إبرائه . ورأوا خلافا لأبي يوسف أن الذي تولى البيع ، لو وهب المشتري ثمن ما باعه أو أبرأه منه ، نفذ على شريكه ، ويرجع عليه شريكه بحصته ، كوكيل البيع إذا فعل ذلك حيث ينفذ ، ويرجع عليه موكله [٢] .

٧٥ ـ والحكم كذلك عند المالكية أيضا . إلا أنهم يقيدون الإبراء المسموح به بكونه حطا من بعض الثمن ، ويطلقونه بعد ذلك ، فيستوي أن يقع من متولي العقد أو من الشريك الآخر . كما أنهم يضبطون التبرعات المسموح بها للشريك على العموم بما يقره العرف وفق ما يتناسب مع المركز المالي للشركة . وهذا مبدأ عام ينتظم الهدايا ،

(١) الفتاوى الهندية ٢ / ٣١٢ .

(٢) فتح القدير ٥ / ٢٧ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٥ ، ٣٥٦ .

والمآدب ، والعواري إذا استألف الناس ترغيبا لهم في التعامل مع الشركة . وللحنابلة نحو منه . إلا أنهم أقل توسعا في هذا الباب ، وأكثر تقيدا بمراعاة فائدة الشركة [١] .

٧٦ - ثالث عشر : ليس لأحد الشريكين أن يؤدي زكاة مال الآخر إلا بإذنه : لأن العقد بينهما على التجارة ، والزكاة ليست منها . ثم إنها بدون إذن رب المال لا تقع الموقع ، لعدم صحتها بدون نية ، فتلتحق بالتبرعات ، وهو لا يملك التبرع بمال شريكه . فإذا أذن له شريكه فذاك [٢] .

٧٧ - رابع عشر : ليس لأحد الشريكين أن يخلط مال الشركة بمال له خاص دون إذن شريكه : لأن الخلط يستتبع إيجاب حقوق ، وقيودا على حرية التصرف . فلا يسلط أحد الشريكين عليه ، لئلا يتجاوز حدود ما رضي به صاحب المال نص على ذلك الحنفية والحنابلة [٣] .

٧٨ - تنبيه : الإذن العام من الشريك - كقوله لشريكه : تصرف كما ترى - يغني غناء الإذن الخاص في كل ما هو من قبيل ما يقع في التجارة كالرهن والارتهان والسفر ، والخلط بالمال الخاص ، وشركة المال مع أجنبي . فمن منع شيئا من ذلك إلا بالإذن ، كفى فيه عنده الإذن العام .

ولكن هذا الإذن العام لا غناء فيه بالنسبة للهبة ، والقرض ، وكل ما يعد إتلافا للمال ، أو تمليكا له بغير عوض . بل لابد من الإذن الصريح في هذا النوع من التصرفات ، لينفذ على الشركة . صرح بهذا الحنفية والشافعية والحنابلة [١]

أحكام خاصة بشركة المفاوضة :

٧٩ - تتلخص هذه الأحكام في أن شريكي المفاوضة شخص واحد حكما في أحكام التجارة وتوابعها - وإن كانا اثنين حقيقة [٢] والسر في هذا ، أن شركة المفاوضة تتضمن وكالة وكفالة ، إذ كل من الشريكين فيها وكيل عن الآخر فيما يجب له ، وكفيل عنه فيما يجب عليه [٣] . ويتفرع على هذا الأصل العام ، فروع ونتائج شتى :

٨٠ - أولا : كل ما اشتراه أحدهما فهو للشركة إلا حوائجه وحوائج أهله الأساسية : أما أن كل ما اشتراه فهو للشركة ، فذلك أن مقتضى عقد شركة المفاوضة المساواة في كل ما يصح

(١) الخرشي على خليل ٤ / ٢٥٩ ، ٢٦٠ ، بلغة السالك ٢ / ١٦٨ ، ١٦٩ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٩٥ .
(٢) رد المحتار ٣ / ٣٦٢ .
(٣) البدائع ٦ / ٦٩ ، ومطالب أولي النهى ٣ / ٥٠٦، ٥٠٨ .

(١) رد المحتار ٣ / ٣٥٦ ، ونهاية المحتاج ٥ / ١٠ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٠٨ ، المغني لابن قدامة ٥ / ١٣٢ .
(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٧٣ .
(٣) رد المحتار ٣ / ٣٤٧ .

الاشتراك فيه ، وتدخله عقود التجارة . ومن ذلك الإجارة ، لأنها شراء منفعة : فما استأجره أحدهما فهو للشركة أيضا . نص على ذلك الحنفية [1] .

وأما استثناء الحوائج الأساسية ؛ فلأن العرف قاض باستثنائها . إذ من المعلوم أن هذه تبعة تقع على عاتق كل شريك لخاصة نفسه وأهله ، دون أن يتحمل معه شريكه في ذلك غرما ، والمشروط عرفا ، كالمشروط بصريح العبارة . فيختص بهذه الحوائج الأساسية مشتريها ـ وإن كانت ، عند غض النظر عن هذه القرينة ، مما ينتظمه عقد شركة المفاوضة ، إذ هي من نوع ما يتجر فيه ، ويقبل الشركة . ومن الحاجات الأساسية ـ وإن كانت صالحة للشركة ، إذ شراء المنافع مما يقبلها ـ بيت يستأجر للسكنى ، وعربة أو سفينة أو طائرة أو دابة تستأجر للركوب أو الحمل من أجل المصلحة الخاصة : كالحج ، وقضاء وقت الإجازات بعيدا عن العمل ، وحمل الأمتعة الخاصة . وفرق آخر فإن الحاجات الأساسية يتحمل مشتريها ثمنها كله ، لمكان اختصاصه بها ـ ولذا ، لو أدى ثمنها من مال الشركة كان لشريكه أن يرجع عليه بحصته في هذا الثمن .

(١) فتح القدير ٥ / ٩ ، رد المحتار ٣ / ٣٤٨ ، ٣٤٩ ، بدائع الصنائع ٦ / ٧٣ ، ٧٤ .

٨١ ـ ويرى متأخرو المالكية أن نفقة الشريك المفاوض الخاصة به شخصيا ـ من أجل طعامه وشرابه ، ولباسه ، وتنقلاته ـ تلغى مطلقا ، ولا تدخل في الحساب إذا أنفقها من مال الشركة . سواء تساوت حصتا الشريكين ، ونفقاتهما ، وسعر بلديهما ـ إن اختلفا ـ أم لا . ثم عللوا ذلك بأنها نفقات يسيرة عادة ، أو داخلة في التجارة [1] .

أما نفقة أسرة الشريك فيشترط لإلغاء حسابها أن تتقارب الأسرتان عدد أفراد ، ومستوى اجتماعيا ، وإلا دخلت في الحساب : فأيهما أخذ من مال الشركة فوق نسبة حصته ، رجع عليه شريكه بحصته فيما أنفق [2] والشريك المفاوض مصدق عند المالكية في دعوى الشراء لنفسه ولعياله . فيما يليق ، من الطعام والشراب والكسوة ، دون سائر العروض والعقار [3] .

إقرار الشريك بدين على شريك المفاوضة

٨٢ ـ ثانيا : ما لزم أحد الشريكين في المفاوضة من دين التجارة ، أو ما يجري

(١) الخرشي على خليل وحواشيه ٤ / ٢٦٤ .
(٢) الخرشي على خليل ٤ / ٢٦٤ ، بلغة السالك ٢ / ١٧٠ ، ١٧١ .
(٣) بلغة السالك ٢ / ١٧١ .

مجراها . يلزم الآخر ، ويكفي إقراره بالدين ليترتب عليه لزومه للمقر بمقتضى إقراره ، ثم لزومه لشريكه بمقتضى كفالته . وهذا عند الحنفية [١] .

٨٣ ـ ونص المالكية على أن ذلك خاص بالإقرار بالدين أثناء قيام الشركة . أما في الإقرار بعين ـ كوديعة ورهن ـ أو بدين لكن بعد انتهاء الشركة ، فإنما تلزم المقر حصته من العين أو الدين : ثم هو بالنسبة لحصة شريكه مجرد شاهد . وللمقر له أن يحلف مع هذا الشاهد ، ويستحق حصة الشريك أيضا [٢] .

وعند الحنابلة ، في شركة العنان ، قول بقبول إقرار الشريك بالدين والعين على الشركة ، ما دامت قائمة ، ومنهم من اختاره فيجيء بالأولى في شركة المفاوضة [٣] .

٨٤ ـ ثالثا : حقوق العقد الذي يتولاه أحدهما في مال الشركة ، مستوية بالنسبة إليهما . بلا خلاف بين القائلين بالمفاوضة [٤] .

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٧٢ ، والفتاوى الهندية ٢ / ٣٠٩ ، ورد المحتار ٣ / ٣٤٩ ، مجمع الأنهر ٢ / ١٨٨ .
(٢) الخرشي على خليل ٤ / ٢٦٣ .
(٣) الفروع ٢ / ٧٢٦ .
(٤) الخرشي على خليل ٤ / ٢٦١ ، ٢٦٢ ،

مثال ذلك : الرد بالعيب [١] ، والرجوع بالثمن عند الاستحقاق ، والمطالبة بتسليم المبيع أو الثمن ، وقبضهما وإقباضهما : سواء كان ذلك كله لهما أم عليهما . فإذا اشترى أحدهما شيئا للشركة ، وأراد أن يمارس شيئا من هذه الحقوق ، لقيام سببه ، فإن ذلك لن يكون مقصورا عليه ، بل لشريكه أن يقوم به أيضا ، وكذلك ما هو في معنى الشراء [٢] .

والذى يشتري سلعة من سلع الشركة ثم يجد بها عيبا ، يكون من حقه أن يردها على أي الشريكين شاء ، وإذا استحقت عنده لآخر ـ كأن تبين أنها مغصوبة أو مسروقة ـ كان له أن يطالب بثمنها ، الذي دفعه ، أيهما شاء ولو لم يكن هو الذي باشر عقد البيع ، أو تولى قبض الثمن . كما أن له عند بداية الصفقة أن يطالب من شاء منهما بتسليم السلعة ولو لم يكن هو الذي باعها . ولكل منهما أن يقبض الثمن ، ويقوم بالتسليم المطلوب ، أو يقبضه أحدهما ويسلم الآخر ، أو بالعكس ، أما لو باع أحدهما شيئا من أشيائه الخاصة وآجره ، فحقوق العقد خاصة به . فليس للذي

(١) حواشي تحفة ابن عاصم ٢ / ٢٠٩ ، مطالب أولي النهي ٣ / ٥٥٣ بلغة السالك ٢ / ١٦٨ .
(٢) فتح القدير ٥ / ٢٦ .

يشتري منه مثلا أن يطالب شريكه بتسليم المبيع ، ولا لهذا الشريك أن يطالب المشتري بالثمن [١] .

٨٥ - رابعا : تصرف المفاوض نافذ عليه وعلى شريكــه في كل ما يعـود على مال الشركـة نفعــه : سواء أكــان من أعــمال التجـارة وملحقاتها أم من غير ذلك .

وهـذا الحكم موضـع وفاق بين القائلين بالمفـاوضة وهم الحنفية والمالكية والحنابلة . وصرح المالكية بأن كل تصرف يجافي المصلحة يقوم به أحد الشريكين ، بلا إذن سابق من شريكـه ، يتـوقف نفاذه على الشركة ، على إجـازتـه الـلاحقـة . فإن لم يجز ، نفذ على المتصرف وحده ، وضمن حق شريكه . فلو أنـه مثـلا ولى بأصل الثمن شخصا أجنبيا صفقـة عقـدها هو أو شريكه يقدر ربحها بخمسين في المائة : فإن شريكه إن لم يجزه ، يرجـع عليه بخمسـة وعشرين بالمـائـة - إن كانـت الشركــة بالنصف - لأن المحــابــاة كالتـبرع . إلا أن يكـون الـدافع إلى هذه المحاباة تألف عميل ذي خطر لمصلحــة الشـركة [٢] .

(١) الفتاوى الهندية ٢ / ٣١٠ .

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٧٢ ، ٧٣ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٦ ، والفــواكــه الــدواني ٢ / ١٧٤ ، والخرشي على خليل وحواشيه ٤ / ٢٥٩ .

٨٦ - خامسا : بيع المفاوض ممن ترد شهادته له صحـيح نافـذ عنـد الحـنفية أي على الشركة . ولا تأثير هنا لتهمة المحاباة ، لأن المتفــاوضــين كشخص واحـد . بخـلاف شريكي العنــان ، فإن غايتها أن كلا منهما وكيل عن الآخر - ومواضع التهمة مستثناة من الــوكــالات عنــد أبي حنيفـة إلا إذا قيل للوكيل : عامل من شئت ، فيصح التعامل بمثـل القيمة . ويكتفي الصاحبان بإيجاب مثـل القيمـة لتصحيح التعـامـل الـذي لم يبلغه ، بكل حال [١] .

وذهب المـالكية إلى أن تصرف الشريك المفاوض ينفذ بلا إذن شريكه إذا كان في حدود مصلحة الشركة فلا بأس لديهم إذن بالبيع في موضـع تهمة المحاباة . ما دامت المحاباة لم تثبت فعلا [٢] .

مشاركة المفاوض لشخص ثالث

٨٧ - للمفــاوض أن يشــارك شركـة عنان : وينفـذ ذلك على شريكه ، أحب أم كره . لأن شركة العنان دون شركة المفاوضة ، فلا محذور في أن تصـح في ضمنها ، وتقع تبعا لها - كما صحت المضــاربــة تبعـا للشركـة مطلقـا : بأن يضارب أحد الشريكين ثالثا

(١) رد المحتار ٣ / ٣٥٦ ، مجمع الأنهر ٢ / ٢٢٥ ، الأتاسي على المجلة ٤ / ٢٩٧ .

(٢) الفواكه الدواني ٢ / ١٧٤ .

بمال الشركة . وهذا هو مذهب الصاحبين .

ومقتضى تعليله هذا أن لا تصح شركة المفاوضة تبعا لشركة المفاوضة : أي ألا يصح لأحد شريكي المفاوضة ـ بدون إذن شريكه ـ أن يفاوض ثالثا ، لأن الشيء لا يستتبع مثله . وهذا هو الذي جرى عليه أبو يوسف [١] . واعتمده المتأخرون ـ إلا أنهم فسروا عدم صحة المفاوضة من المفاوض بأنها تنعقد عنانا ، وما يخص الذي أحدثها ـ ولو مع من ترد شهادته له ـ من ربحها ، يكون بينه وبين شريكه الأول [٢] .

ولم ير محمد بن الحسن مانعا من أن يفاوض المفاوض أما أبو حنيفة في رواية الحسن فلم يجعل للمفاوض أن يفاوض ، ولا أن يشارك شركة عنان ، لأنه في كليهما تغيير مقتضى العقد الذي تمت به الشركة الأولى ـ إذ يوجب للشريك الجديد حقا في مال الشركة لم يكن ، وذلك لا يجوز بدون تراضي الشركاء [٣] .

وظاهر كلام الحنابلة وفاق أبي حنيفة [٤] . أما المالكية فقد جعلوا للمفاوض أن يفاوض ، أو يعقد أية شركة أخرى ـ في بعض مال الشركة ، لا في جميعه ، ولا بد أن يكون هذا البعض على التعيين لا على الشيوع : كما لو أفرد مائة دينار من مال الشركة ، وجاء الأجنبي بمائة دينار مثلها ، وجعلا يتجران في المائتين جميعا ، ولا شأن لهذا الأجنبي بسائر مال الشركة الأولى [١] .

أحكام خاصة بشركة العنان :

٨٨ ـ أولا ـ ليس كل ما يشتريه أحد الشريكين يكون للشركة : لأن الشريك الذي ليس بيده شيء من رأس مال الشركة ، لا يستطيع أن يشتري لها شيئا ما بغير إذن شريكه . بل يكون ما يشتريه حنيئذ لنفسه ، أو لمن أراد أن يشتري له بطريق مشروع خارج الشركة . ولا يمكن أن يكون للشركة لأنه نوع من الاستدانة ، واستدانة شريك العنان لا تجوز إلا بإذن شريكه لما فيها من تجاوز مقدار رأس المال المتفق عليه [٢] .

كذلك الشريك الذي كل ما بيده من مال الشركة عروض (غير نقد) أو معها ناض لا يفي بالثمن ، لا تمضي للشركة صفقته المشتراة بالنقد (أعني الأثمان) وأيضا الشريك الذي يشتري للشركة نوعا آخر غير النوع الذي انحصرت فيه تجارة الشركة

(١) فتح القدير ٥ / ٢٦ ، بدائع الصنائع ٦ / ٧٤ .
(٢) الفتاوى الهندية ٢ / ٣١٣ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٦ .
(٣) بدائع الصنائع ٦ / ٧٤ ، فتح القدير ٥ / ٢٧ .
(٤) مطالب أولي النهى ٣ / ٥٠٦ .

(١) الخرشي على خليل وحواشيه ٤ / ٢٥٩ .
(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٦٨ ، ٧٢ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٥ .

بمقتضى عقدها - لا يكون للشركة شيء مما اشتراه : كالذي يشتري أرزا ، وتجارة الشركة إنما هي في القطن ، أو بالعكس [١] .

ومعنى ذلك كله أن ما يشتريه شريك العنان [٢] بلا إذن خاص من شريكه لا يكون للشركة إلا بثلاث شرائط : [٣]

(١) أن يكون بيده من مال الشركة ما يكفي لسداد ثمن ما اشتراه .

(٢) أن يكون هذا الذي بيده ناضا ، لا عروضا ، إذا اشترى بنقود .

(٣) أن يكون ما اشتراه من جنس تجارة الشركة . ويؤخذ مما أسلفنا شريطة رابعة .

(٤) أن لا يكون شريكه قد أذن له صراحة في الاختصاص بالسلعة .

فإذا توافرت هذه الشرائط الأربع ، وقع الشراء للشركة ، ولو ادعى الشريك أنه إنما اشترى لنفسه ، أو حتى أشهد بذلك عند شرائه ، لأنه لا يستطيع إخراج نفسه من

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٦٨ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٣، ٣٦٢ .

(٢) في بعض ما نقلوه في الهندية - وهم لا يبالون بحكاية المتناقضات - دون تنبيه - مخالفة لهذا التخصيص ، لا يعول عليها ٢ / ٣١١ ، ففي الخانية التصريح بافتراق المفاوضة والعنان هنا ، رد المحتار ٣ / ٣٥٥ .

(٣) الظاهر أن الذي لا يكون للشركة ، هو ما زاد عما بيده من ناض مال الشركة ، أما الباقي ، فلها . وقد استظهر ابن عابدين مثله في المضاربة ، رد المحتار ٤ / ٥٠٧ .

الوكالة دون علم شريكه . هذا مذهب الحنفية [١] .

٨٩ - ولا توجد مثل هذه الشرائط في المذاهب الأخرى ، عدا قول للحنابلة ، هنا وفي شركة الوجوه ، يرفض ادعاء الشريك الشراء لنفسه - ولكنهم اعتمدوا فيهما تصديقه بيمينه [٢] وهو في العنان نص الشافعية [٣] وعللوه بأنه أمين يدعي ممكنا لا يعلم إلا من قبله ، ولولا إمكان تصريحه بنيته عند الشراء والإشهاد على ذلك ، لصدق بلا يمين ، بل عبارة الشافعية أنه يصدق في دعوى الشراء لنفسه - ولو رابحا ، وفي دعوى الشراء للشركة - ولو خاسرا . إلا أنه لا يصدق عندهم في دعوى الشراء للشركة إذا أراد أن يرد حصته وحدها بعيب ، لأن الظاهر أنه اشترى لنفسه ، فلا يمكن من تفريق الصفقة على البائع . نعم إن صدقه البائع في دعوى الشراء للشركة ، كان له ، عند الشافعية تفريق الصفقة ، ورد حصته وحدها ، لأنه - بالنسبة إليها - أصيل ، وبالنسبة إلى حصة شريكه وكيل ، فكان عقده الواحد بمثابة عقدين [٤] أما المالكية

(١) رد المحتار ٣ / ٣٥٣ .

(٢) الفروع ٢ / ٧٢٩ .

(٣) مغني المحتاج ٢ / ٢١٦ .

(٤) البجيرمي على المنهج ٣ / ٤٦ ، مغني المحتاج ٢ / ٢١٦ .

فإنهم يصدقون الشريك في دعوى الشراء لنفسه في الشركات عدا شركة الجبر بين الورثة . وإنما نصوا عليه في شركة المفاوضة ـ وقصروه فيها على ما يليق بالشريك وأهله : من الطعام والشراب واللباس ، دون سائر العروض والعقار والحيوان [١] .

٩٠ ـ ثانيا : ذهب الحنفية إلى أن الدين الذي يلزم أحد الشريكين لا يؤخذ به الآخر : لأن شركة العنان تنعقد على الوكالة لا غير ، إلا إذا صرح فيها بالتضامن ـ كما ذكره في الخانية ، وإن استظهر الكمال بن الهمام بطلان الكفالة حينئذ ، لأنها كفالة لمجهول ، والكفالة الصريحة لاتصح له [٢] .

٩١ ـ ومذهب الحنابلة عدم قبول إقرار شريك العنان بدين أو عين على الشركة ، لأنه مأذون في التجارة لا غير ، والإقرار ليس من التجارة في شيء ـ وإنما يقبل على نفسه في حصته هو وحده [٣] . هكذا أطلقوه ، من غير تفصيل بين أن يكون المال بيده أولا ـ إلا أن يكون الدين من توابع التجارة ، كثمن شيء اشتري للشركة ، وكأجرة دلال وحمال ومخزن وحارس ، لأنه إذن كتسليم المبيع ، أو إقباض الثمن . وهذا التفصيل ـ ليس عند الحنفية ، وإنما ذكره الحنابلة ربما للإجابة عما تعلق به القاضي من الحنابلة ـ في ذهابه إلى قبول إقرار الشريك على الشركة مطلقا ـ إذ يقول : « إن للشريك أن يشتري ولا يسلم الثمن في المجلس ، فلو لم يقبل إقراره بالثمن لضاعت أموال الناس ، وامتنعوا من معاملته » وحكاه عنه صاحب الإنصاف ، وقال إنه الصواب . [١] .

٩٢ ـ ثالثا ـ ذهب الحنفية إلى أن حقوق العقد الذي يتولاه أحد الشريكين ، قاصرة عليه : لأنه ما دام الفرض أن لا كفالة ، فإن حقوق العقد إنما تكون للعاقد . فإذا باع أحدهما شيئا من مال الشركة أو آجره ، فهذا هو الذي يقبض الثمن أو الأجرة ، ويطالب بتسليم المبيع أو العين المؤجرة ، ويخاصم عند الخلاف : فتقام عليه البينة أو يقيمها . وتطلب منه اليمين أو يطلبها . أما شريكه فهو والأجنبي سواء بالنسبة إلى هذه الحقوق : ليس له ولا عليه منها شيء .

وكذلك في حالة ما إذا اشترى أحدهما شيئا للشركة أو استأجره : فإنه ، دون شريكه ، هو الذي تتوجه عليه المطالبة بالثمن أو الأجرة ، وهو الذي يطالب

---

(١) بلغة السالك ٢ / ١٧١ .

(٢) فتح القدير ٥ / ٢٠٩ ، رد المحتار ٣ / ٣٥١ ، ٣٥٦ ، ٣٦٣ .

(٣) المغني لابن قدامة ٥ / ١٣١ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٠ .

(١) الشرح الكبير ٥ / ١٢٤ ، الإنصاف ٥ / ٤٢١ .

بالتسليم ويتولى القبض ، وتقع الخصومة في ذلك له وعليه . ثم إذا دفع من مال نفسه رجع على شريكه بحصته فيما دفع ، لأنه وكيل هذا الشريك فيما يخصه من الصفقة .

وهكذا عند الرد بالعيب ، وعند الرجوع بالاستحقاق : إنما يكون ذلك للذي تولى العقد أو عليه . ولا شأن للشريك الآخر فيه [1] .

٩٣ - والرهن من مال الشركة ، والارتهان به ، من توابع حقوق العقد ، لأن الرهن بمثابة الإقباض ، والارتهان بمثابة القبض . فبدون إذن العاقد - كالمشتري في حالة الرهن ، والبائع في حالة الارتهان - لا يجوز لغيره أن يرهن أو يرتهن ، ولو كان قد شارك في العقد الذى أوجب الدين . ذلك لأن في الرهن توفية دين الشريك الآخر من ماله - إذ فرض الكلام في رهن عين من أعيان الشركة - ولا يملك أحد أن يوفي دين غيره من مال ذلك الغير بدون إذنه ، وفي الارتهان استيفاء حصة الشريك الآخر التي وجبت له بمقتضى عقده هو - استقلالا أو مشاركة - وذلك لا يملكه غيره بدون إذنه أيضا [2] .

وصرح المالكية بأن ليس لأحد شريكي العنان أن يستبد بفعل شيء في الشركة إلا بإذن شريكه ومعرفته [1] .

(١) فتح القدير ٥ / ٢٢ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٣ .
(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٧٠ .

وأما الحنابلة فيقول ابن قدامة في المغني : « وله (أي : لكل من شريكي العنان) أن يقبض المبيع والثمن ، ويقبضهما ، ويخاصم في الدين ، ويطالب به ، ويحيل ويحتال ، ويرد بالعيب : فيما وليه هو ، وفيما ولي صاحبه . . لأن حقوق العقد لا تختص العاقد » [2] .

ونص الشافعية على جواز انفراد أحد شريكي العنان بالرد بالعيب [3] .

٩٤ - ما ينفذ فيه تصرف شريك العنان على شريكه :

رابعا - ذهب جمهور الفقهاء إلى أن نفاذ تصرف شريك العنان على شريكه يختص بالتجارة : فإذا غصب شريك العنان شيئا أو أتلفه ، فإنه يختص بضمانه ، ولا يشركه فيه شريكه . بخلاف ما إذا اشترى شيئا للشركة - شراء صحيحا - وهو يملك الحق في شرائه بمقتضى عقدها ، فإنه ينفذ شراؤه على نفسه ، وعلى شريكه : وله الرجوع على هذا الشريك بحصته في الثمن لو أداه من مال نفسه . بل لو كان الشراء فاسدا ، فتلف عنده ما اشتراه ، فإنه لا يتحمل ضمانه

(١) الخرشي على خليل ٤ / ٢٦٥ .
(٢) المغني ٥ / ١٢٩ ، ١٣٠ .
(٣) مغني المحتاج ٢ / ٢١٥ ، نهاية المحتاج ٥ / ١٠ .

وحده ، بل يشركه فيه شريكه ، على النسبة التى بينهما في رأس مال تجارتهما .

أما أبو يوسف ، فإنه يكتفي ، لنفاذ تصرف شريك العنان على شريكه بعود نفعه على مال الشركة ، كشريك المفاوضة .

وقد ذكر في المبسوط : أن العارية يستعيرها أحد شريكي العنان لغرض من أغراضه الخاصة ـ كحمل طعام أهله ـ تكون خاصة به [1]. فيضمن شريكه لو استعملها . بخلاف ما لو استعارها من أجل الشركة ـ كحمل سلعة من سلعها ـ فإنها تكون عارية مشتركة ، كما لو كانا استعاراها معا : حتى لو حمل عليها الآخر مثل تلك السلعة فتلفت ، فلا ضمان [2].

٩٥ ـ بيع شريك العنان بأقل من ثمن المثل :

نص الشافعية على أن الشريك لا يبيع ولا يشترى بالغبن الفاحش . فإن فعل صح العقد في نصيبه خاصة ، وللمشتري أو البائع الخيار . إلا أن يكون الشريك قد اشترى بثمن في الذمة ، فيصح العقد في الجميع ، ويقع الشراء للمشتري خاصة ،

(١) الفتاوى الهندية ٢ / ٣٢٦ ، وبدائع الصنائع ٦ / ٧٤ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٦ .

(٢) الخرشي على خليل ٤ / ٢٦٠ ، بلغة السالك ٢ / ١٦٥ المهذب ١ / ٣٥٣ ، ومطالب أولي النهى ٣ / ٥٠٢ ، والمغني لابن قدامة ٥ / ١٣٠ .

لا للشركة [1]. وقالوا ليس للشريك البيع بثمن المثل إذا كان ثم راغب بأكثر ـ حتى إنه لو باع فعلا ، ثم ظهر هذا الراغب في مدة الخيار ، كان عليه أن يفسخ العقد وإلا انفسخ تلقائيا [2].

٩٦ ـ مشاركة شريك العنان لغير شريكه :

ليس لأحد شريكي العنان أن يشارك بغير إذن شريكه : لا مفاوضة ولا عنانا . لأن الشيء لا يستتبع مثله ، فكيف بما هو فوقه . لكنه إذا كان لا يملك أن يشارك ، فإنه يملك أن يوكل : فإذا شارك بطلت الشركة ، ولكن لا يلزم من بطلان الشركة بطلان الوكالة التي في ضمنها ، إذ لا يلزم من بطلان الأخص بطلان الأعم . هذا عند الحنفية [3].

٩٧ ـ وكلام الشافعية والحنابلة عام في منع دفع شيء من مال الشركة إلى أجنبي ليعمل فيه ، دون إذن سائر الشركاء ـ ولو كان ذلك خدمة للشركة ولو بلا مقابل : وهو الإبضاع ، لأن الرضا في عقد الشركة إنما وقع

(١) مغني المحتاج ٢ / ٢١٥ .

(٢) نهاية المحتاج ٦ / ٨ .

(٣) كذا قالوا . ويلوح في تعليله : أنه أصيل في نصف ما صار بيده من ماله ومال الشركة ، وكيل في نصفه الآخر ، وعبارات الكتب لا تكاد تختلف ، وينقصها الوضوح . وانظر بدائع الصنائع ٦ / ٦٩ ، والفتاوي الهندية ٢ / ٣٢٢ .

قاصرا على يد الشريك وتصرفه هو ، دون تصرف أحد سواه [١] . فهو شبيه بما لو أراد أن يخرج نفسه من الشركة ويحل غيره محله .

أحكام شركتي الأعمال والوجوه :

٩٨ ـ هاتان الشركتان لا تخرجان عن أن تكونا مفاوضة أو عنانا . فتطبق فيهما أحكام المفاوضة في الأموال ـ إن كانتا من قبيل المفاوضة ، وأحكام العنان في الأموال ـ إن كانتا من قبيل العنان . وإذا أطلقت أيتهما فهي عنان ، كما هو الأصل دائما [٢] .

إلا أن شركة العنان في الأعمال تأخذ دائما حكم شركة المفاوضة في مسألتين :

المسألة الأولى : تقبل أحد الشريكين ملزم لهما على التضامن كما لو كانا شخصا واحدا ـ وإن لم يلزم أحدا منهما أن يعمل بنفسه ، ما لم يشرط ذلك صاحب العمل . فبدون هذا الشرط يستوي أن يعمله هو ، أو يعمله شريكه ، أو غيرهما ـ كأن يستأجرا ، هما أو أحدهما ، من يقوم به . إذ المشروط مطلق العمل [٣] أما مع هذا الشرط من صاحب العمل فيتبع الشرط ، لكن تظل المسألة كما هي من حيث إلزام الشريكين على التضامن : فإن هذا الشرط لا يعفي من لم يؤخذ عليه من المطالبة ، بحكم الضمان . نعم هو يفيد تقييد حق مطالبته ـ ما دام ليس هو المتقبل ـ بمدة استمرار الشركة ، وأما إذا خلا التقبل من هذا الشرط ، فإن الضمان يستمر بعد انحلال الشركة .

ويترتب على هذا الأصل أن :

(١) لصاحب العمل أن يطالب به كاملا أيّ الشريكين شاء .

(٢) لكل من الشريكين أن يطالب صاحب العمل بالأجرة كاملة .

(٣) تبر أذمة صاحب العمل من الأجرة بدفعها إلى أيّ الشريكين شاء . وهذا الحكم عند الحنفية والمالكية والحنابلة [١] .

المسألة الثانية : ما تلف ، أو تعيب ، مما يعمل فيه الشريكان ، بسبب أحدهما ـ فضمانه عليهما . ولصاحب العمل أن يطالب بهذا الضمان أيهما شاء ، وهذا عند الحنفية والمالكية والحنابلة [٢] .

وصرح الحنابلة بأن الضمان المشترك مقيد

---

(١) نهاية المحتاج ٥ / ٩ ، المغني لابن قدامة ٥ / ١٣٢ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٠٦ .

(٢) الفتاوى الهندية ٢ / ٣٢٩ .

(٣) فتح القدير ٥ / ٢٨ .

(١) الفتاوى الهندية ٢ / ٣٣٠ ، وبدائع الصنائع ٦ / ٧٦ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٩ ، والخرشي على خليل ٤ / ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، بلغة السالك ٢ / ١٧٣ ، مطالب أولي النهى ، ٣ / ٥٤٧ .

(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٧٦ ، الفتاوي الهندية ٢ / ٣٢٩ ، المغني لابن قدامة ٥ / ١١٤ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٤٧ ، الخرشي على خليل ٤ / ٢٦٩ ، ٢٧٠ ، بلغة السالك ٢ / ١٧٣ .

بكونه من غير تفريط المتسبب فيه ، وإلا اقتصر الضمان عليه [١] .

٩٩ - أما فيما عدا هاتين المسألتين ، فعنان شركة الأعمال كعنان غيرها عند الحنفية ، ولذا ينصون على اختلاف حكم الإقرار في شركة الأعمال باختلاف نوعيها من مفاوضة وعنان. ذلك أنه إذا أقر شريك الأعمال بدين ما من ثمن شيء مستهلك - كصابون أو أي منظف آخر أو غير منظف - أو من أجر عمال أو أجرة دكان عن مدة مضت ، وكذبه شريكه ، فإنه يصدق على شريكه إذا كانت شركة مفاوضة ، ولا يصدق إلا ببينة إذا كانت شركة عنان . ذلك أن المقر يلزمه إقراره ، ثم لا يؤخذ شريكه بهذا الإقرار إلا إذا كان كفيلا له : وهو كذلك في المفاوضة ، ولا كفالة فى العنان ، إذا أطلقت عن التقييد بها . أما الإقرار بالدين قبل استهلاك المبيع أو قبل انقضاء مدة الإجارة ، فماض على الشركة بإطلاق لا فرق بين عنان ومفاوضة .

كذلك لو ادعى مدع شيئا مما يعملان فيه ، كثوب ، فأقر به أحدهما وأنكر الآخر- لا يصدق المقر على صاحبه إلا في المفاوضة ، خلافا لأبي يوسف الذي ترك هنا القياس إلى الاستحسان وقال : إن إقراره ماض على

(١) المغني ٥ / ١١٤ .

الشركة في العنان أيضا ، إلحاقا لها بالمفاوضة في محل العمل ، كما ألحقت بها في التضامن والأجرة [١] .

والمالكية يقولون : في شريكي الأعمال : إنهما كشخص واحد [٢] . فمقتضى هذا الأصل العام قبول أقارير كل منهما ، ونفاذها عليهما بإطلاق : لا فرق بين عنان ومفاوضة ، ولا بين دين وعين ، وأما الحنابلة ، فإنما يمضون عليهما إقرار أحدهما إذا كان بشيء في يده ، لأن اليد له ، وإلا فلا ، لانتفاء اليد [٣] .

قسمة الكسب بين شريكي العمل وتحملهما الخسارة :

١٠٠ - ذهب الحنفية والحنابلة وبعض المالكية إلى أن كسب الشركة يكون بين الشريكين على ما شرطا في عنان شركة الأعمال ، دون نظر إلى اتساق الشرط أو عدم اتساقه مع شرط العمل على كلا الشريكين . وقد تقدم تعليل ذلك ، وتوجيه مخالفته لقسمة الربح في شركة الوجوه .

وهذا أصل مطرد سواء عمل الشريكان أم

(١) أي مطالبة صاحب العمل بها ، وبراءة ذمته بدفعها إلى أي الشريكين شاء ، بدائع الصنائع ٦ / ٧٦ ، ٧٧ ، رد المحتار ٣ / ٣٨٩ .

(٢) بلغة السالك ٢ / ١٧٣ .

(٣) المغني لابن قدامة ٥ / ١١٤ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٤٧ .

أحدهما ، وسواء كان امتناع الممتنع عن العمل لعذر ـ كسفر أو مرض ـ أم لغيره ، ككسل وتعال ، لأن العامل معين للآخر ، والشرط مطلق العمل . ولذا لا مانع من الاستئجار عليه ، أو حتى الاستعانة المجانية [١] . فإذا لم يتعرضا لشرط العمل بنسبة معينة ، فهو على نسبة الربح التي تشارطاها ، لأن هذا هو الأصل ، فلا يعدل عنه إلا بنص صريح : أما الخسارة (الوضعية) في شركة الأعمال ، فلا تكون إلا بقدر ضمان العمل : أي بقدر ما شرط على كلا الشريكين من العمل ، كما أن الخسارة في شركة الأموال دائما بقدر المالين ، إذ العمل هنا كالمال هناك . ولذا لو تشارطا على أن يكون على أحدهما ثلثا العمل وعلى الآخر الثلث فحسب ، والخسارة بينهما نصفان ـ فالشرط باطل فيما يتعلق بالخسارة ، وهي بينهما على النسبة التي تشارطاها في العمل نفسه [٢] .

وينص الحنابلة على أن حالة الإطلاق تحمل على التساوي في العمل والأجرة : كالجعالة ، إذ لا مرجح [٣] .

أما جماهير المالكية ، فيتحتم عندهم أن يكون الربح بين شريكي الأعمال بقدر عمليهما ، ولا يتجاوز إلا عن فرق يسير . هذا في عقد الشركة ـ أما بعده ، فلا حرج على متبرع إن تبرع ، ولو بالعمل كله . فإذا وقع العقد على تفاوت النسبة بين العملين والنسبة بين الربحين تفاوتا فاحشا ، فإنه يكون عقدا فاسدا ـ عند المالكية : ويرجع كلا الشريكين على صاحبه بما عمل عنه [١] . لكن المالكية يقرنون هذا التشدد بالتسامح في ربح ما يعمله الشريك ، في غير أوقات عمل الشركة ـ إذ يجعلونه له خاصة ، كما فعلوا في شركة الأموال [٢] .

١٠١ ـ تنبيه : ليس من شرائط شركة الأعمال اتحاد نوع العمل ولا مكانه عند الحنفية ، وهو الصحيح عند الحنابلة ، خلافا لزفر ـ في رواية تصحيحه شركة التقبل . لأن المقصود بالشركة وهو تحصيل الربح ، يتأتى مع اتحاد نوع العمل ومع اختلافه كما يتأتى مع وحدة المكان ومع تعدده [٣] .

١٠٢ ـ والمالكية وأبو الخطاب ، من الحنابلة ، يشترطون اتحاد نوع العمل وإن

---

(١) رد المحتار ٣ / ٣٥٩ .
(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٧٧ .
(٣) مطالب أولي النهى ٣ / ٥٤٨ ، والمغني ٥ / ١١١ وما بعدها ، والإنصاف ٥ / ٦١ .

(١) حواشي التحفة ٢ / ٢١٥ ، بلغة السالك ٢ / ١٧٢ .
(٢) حواشي تحفة ابن عاصم ٢ / ٢١٦ .
(٣) العناية على الهداية مع فتح القدير ٥ / ٢٨ ، بدائع الصنائع ٦ / ٦٥ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٨ ، والإنصاف ٥ / ٤٦٠ .

كان المالكية ينزلون تلازم العملين وتوقف أحدهما على الآخر ، منزلة اتحادهما : كإعداد الخيوط ونسجها ، وسبك الذهب والفضة وصياغتهما . بل منهم من يشترط تساوي الشريكين في درجة إجادة الصنعة أو العمل . والسر في هذا التشدد كله ، هو الفرار من أن يأكل أحد الشريكين ثمرة كد الآخر ونتاج عمله . وقد ألزمهم ابن قدامة بأنه لو قال أحدهما : أنا أتقبل وأنت تعمل ، صحت الشركة ، مع اختلاف العملين [١] .

١٠٣ ـ أما اتحاد المكان فإن اشتراطه هو مذهب المدونة . ولكن متأخري المالكية اعتمدوا خلافه ، وأولوا ما في المدونة على ما إذا كان رواج العمل في المكانين ليس واحدا ـ حذرا من أن يأكل أحد الشريكين كسب الآخر ، أو على ما إذا كان العمل في أحد المكانين مستقلا عنه في الآخر : بمعنى أن الشريكين لا يتعاونان فيما يتقبله كل منهما بمكان عمله ، أو كما يقولون : « إذا لم تجل يد أحدهما فيما هو بيد الآخر » ونصوا على إهدار النظر إلى الصنعة إذا كان المقصود هو التجارة [٢] .

(١) الخرشي على خليل ٤ / ٢٦٧ ، حواشي تحفة ابن عاصم ٢ / ٢١٥ ، بلغة السالك ٢ / ١٧٢ ، والمغني لابن قدامة ٥ / ١١٣ .

(٢) الخرشي على خليل ٤ / ٢٦٨ ، الفواكه الدواني ٢ / ١٧٢ .

الشركة الفاسدة :

١٠٤ ـ الشركة الفاسدة : هي التي لم تتوافر فيها إحدى شرائط الصحة ـ كأهلية التوكيل والتوكل ، وقابلية المحل للوكالة ، وكون الربح بين الشريكين بنسبة معلومة [١] .

وقد ذكر الفقهاء أمثلة للشركة الفاسدة . فمن ذلك :

١٠٥ ـ أولا : الشركة في تحصيل المباحات العامة : كالشركة في الاحتطاب ، والاحتشاش ، والاصطياد ، واستقاء الماء ، واجتناء الثمار الجبلية ، واستخراج ما في بطن الأرض المباحة من نفط ، أو معدن خلقي كالذهب والحديد والنحاس أو كنز جاهلي ، وصنع لبن أو آجر من طين غير مملوك ، فهذه الشركة فاسدة عند الحنفية ، لأنها تتضمن الوكالة ، والمحل هنا غير قابل للوكالة : فإن الذي تسبق يده إلى المباح يملكه ، مهما يكن قصده ، فلا يمكن توكيله فى أخذه لغيره . أما إذا كان الطين ـ ومثله سهلة الزجاج [٢] ـ

(١) وبقية شرائط الصحة تقدم بيانها هي . ١ ـ أن يكون رأس مال شركة الأموال عينا ، لا دينا ، ٢ ـ أن يكون رأس المال في شركة الأموال من الأثمان ، ٣ ـ أن يكون حاضرا عند العقد أو عند الشراء ، ٤ ـ أن يكون محلها في شركة الأعمال ، عملا ، ٥ ـ وأن يكون هذا العمل مما يستحق بعقد الإجارة .

(٢) طمي يحمله الماء معه ، ويدخل في صناعة الزجاج ، وعبارة محيط المحيط : تراب كالرمل يجيء به الماء .

مملوكا ، فاشترك اثنان على أن يشترياه ، ويطبخاه ويبيعاه - فهذه شركة صحيحة .

١٠٦ - وأما المالكية والحنابلة ، فقد صححوا الشركة في تحصيل المباحات بإطلاق [١] .

١٠٧ - ثانيا : يقع كثيرا أن تكون دابة أو عربة مشتركة بين اثنين ، فيسلمها أحدهما إلى الآخر ، على أن يؤجرها ويعمل عليها ، ويكون له ثلثا الربح ، وللذي لا يعمل الثلث فحسب . وهي شركة فاسدة عند الحنفية والمالكية والشافعية وابن عقيل والقاضي من الحنابلة ، لأن رأس مالها منفعة ، والمنفعة ملحقة بالعروض [٢] . فيكون الدخل بينهما بنسبة ملكهما ، وللذي كان يعمل أجرة مثل عمله ، بالغة ما بلغت قال ابن عابدين : ولا يشبه العمل في المشترك حتى نقول : لا أجر له لأن العمل فيما يحمل وهو لغيرهما .

١٠٨ - وهذه المسألة شبيهة بمسألة الدابة أو العربة تكون لواحد من الناس ، فيدفعها إلى آخر ليعمل عليها ، والأجرة بينهما بنسبة معلومة يتفقان عليها ، وقد نص أحمد والأوزاعى على صحتها ، اعتبارا بصحة المزارعة عندهما . وهكذا كل عين تنمى بالعمل فيها يصح دفعها ببعض نمائها . وهذا كله عند جماهير أهل العلم فاسد ، لشدة الغرر والجهالة : فمع الحنفية على فساد هذا كله المالكية والشافعية ومن الحنابلة ، ابن عقيل ، دون تردد ، والقاضي في بعض احتمالاته [١] . وقد يستأنس لهم بحديث النهي « عن قفيز [٢] الطحان » يعني : طحن كمية من الحب بشيء من طحينها [٣] وإذن فمثل ذلك إجارة فاسدة ، لا محمل له سوى ذلك : فيكون الربح في مسألة الدابة أو العربة لصاحبها ، لأن العوض إنما استحق بالحمل الذى وقع منها ، وليس للعامل إلا أجرة مثله . وقد كان أقرب ما يخطر بالبال لتصحيحه إلحاقه

---

(١) فتح القدير ٥ / ٣١ ، ٣٢ ، رد المحتار ٣ / ٣٦٠ ، والخرشي على خليل ٤ / ٢٦٧ ، ٢٦٩ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٤٥ ، حواشي تحفة ابن عاصم ٢ / ٢١٠ ، ٢١٥ .

(٢) رد المحتار ٣ / ٣٦١ .

---

(١) لا يخفى ما هو اليوم ذائع شائع من النزاع في مجيء شيء من تشريعات الإسلام على خلاف القياس . وانظر كلام ابن تيمية وتلميذه ابن القيم مبسوطا في هذا الموضوع في (إعلام الموقعين) . على أن المعدول عن سنن القياس هو الذي لا يعقل معناه ، فكل ما عقل معناه ، ولم يقم فيه دليل الخصوصية ، ليس أحد في حل من منع القياس عليه (تيسير التحرير - في أصول الفقه ٢ / ٢٧٩) .

(٢) القفيز : مكيال - وهو ثمانية مكاكيك (والمكوك ثلاث كيلجات) . ولكن ليس المراد بالقفيز هنا معناه المطابقي هذا ، بل كيل معين يجعل للطحان ، كرطل . انظر المصباح المنير .

(٣) الحديث : أخرجه الدارقطني ٧٠ / ٤٧ ط دار المحاسن من حديث أبي سعيد الخدري وإسناده صحيح تلخيص الحبير ٣ / ٦٠ .

بالمضاربة - ولكن المضاربة لا تكون في العروض ثم هي تجارة ، والعمل هنا ليس من التجارة في شيء .

١٠٩ - رابعا : وكثيرا ما يقع أيضا في شركات البهائم ، أن يكون لرجل بقرة ، فيدفعها إلى آخر ليتعهدها بالعلف والرعاية ، على أن يكون الكسب الحاصل بينهما بنسبة ما كنصفين . وهذه أيضا شركة فاسدة : لا تدخل في شركة الأموال ، إذ ليس فيها أثمان يتجر بها ، ولا في شركة التقبل ، أو الوجوه ، كما هو واضح . والكسب الحاصل إنما هو نماء ملك أحد الشريكين - وهو صاحب البقر . - فيكون له ، وليس للآخر إلا قيمة علفه وأجرة مثل عمله .

ومثل ذلك دود القز ، يدفعه مالكه إلى شخص آخر ، ليتعهده علفا وخدمة ، والكسب بينهما ، وكذلك الدجاجة على أن يكون بيضها نصفين - مثلا - قالوا : والحيلة أن يبيع نصف الأصل أو ثلثه مثلا بثمن معلوم ، مهما قل ، فما حصل منه بعد ذلك فهو بينهما على هذه النسبة .

١١٠ - وقد عرفنا نص أحمد والأوزاعي في ذلك ، وقضيته تصحيح هذه الشركات كلها - شأن كل عين تنمى بالعمل فيها . كما عرفنا أن جماهير أهل العلم لا يوافقونهما - حتى قال بعض الشافعية : على القادر أن يمنع من ذلك ، لما فيه من بالغ الضرر [1]

١١١ - بيد أن المالكية ذكروا هنا فرعا يشبه الاتجاه الحنبلي ذلك أنهم يصححون الشركة بين اثنين ، يأتي أحدهما بطائر ذكر ، ويأتي الآخر بطائر أنثى - كلاهما من نوع الطيور التي يشرك ذكورها وإناثها في الحضانة ، كالحمام - ويزوجان هذه لهذا ، على أن تكون فراخهما بينهما على سواء ، وعلى كل منهما نفقة طائره - إلا أن يتبرع بها الآخر - وضمانه إذا هلك . والعلة - كما يشعر سياقهم - أن هذه أعيان تنمى من غير طريق التجارة ، فتنزل منزلة ما ينمى بالتجارة [2] .

أحكام الشركة الفاسدة :

١١٢ - أولا : أنها لا تفيد الشريك ما تفيده الشركة الصحيحة من تصرفات هكذا قرره الحنفية .

ولما كانت الشركة عند الشافعية ليست عقدا مستقلا ، بل وكالة كسائر الوكالات ، فإنهم يقولون : تنفذ تصرفات الشريكين في

---

(١) بداية المجتهد ٢ / ٢٢٦ ، الشرقاوي على التحرير ٢ / ١١٣ ، المغني لابن قدامة ٥ / ١١٦ ، ١١٩ ، مطالب أولي النهى ٣ / ٥٤٣ . رد المحتار ٣ / ٣٦١ ، الفتاوى الهندية ٢ / ٣٣٥ ، مغني المحتاج ٢ / ٢١٦ .

(٢) الخرشي على خليل ٤ / ٢٦٥ ، بلغة السالك ٢ / ١٧١ .

الشركة الفاسدة ، لبقاء الإذن ، ومثلـه للحنابلـة [١] .

١١٣ ـ ثانياً : ذهب الحنفية إلى أنه في الشركة التي لها مال يكون دخلها للعامل وحده . ففي الشركـة لتحصيل شيء من المبـاحات العامة ـ إذا أخذه أحدهما ، ولم يعمل الآخر شيئا لإعانته ، فهو للذي أخذه ، لأنه الذي باشر سبب الملك ، ولا شيء لشريكه . وإذا أخـذاه معـا ، فهـو بينهـما نصفـين ، لأنهما اشتركا في مباشرة سبب الملك ، فإذا باعاه ـ وقـد علمت نسبـة ما حصـل لكل منهما ، باعـتبـار القيمـة في القيمي كالحـطب والحشيش ، ومعيار المثل في المثلي ككيل الماء ووزن المـعـدن ـ فالـثمن بينهـما على هذه النسبة ، وإن جهلت النسبة ، فدعوى كل واحد منهما مصدقة في حدود النصف ، لأنها إذن لا تخالف الظاهر ـ إذ هما حصلاه معا ، وكان بأيديهما ، فالظاهر أنهما فيه سواء . أما دعـوى أحدهما فيما زاد على النصف ، فلا تقبل إلا ببينة ، لأنها خـلاف الظاهـر .

وإذا أخذ الشيء المباح أحدهما ، وأعانه الآخر بما لا يعتبر أخذا ـ عملا كان أم غيره ـ كأن قلعـه ، وجمعه الآخر ، أو قلعه وجمعه وربطه هو ، وحمله الآخر ، أو استقى الماء ، وقدم الآخر المزادة أو الفنطاس أو البغل أو العربة لحمله ـ فهو كله للذي أخذه ، وليس عليه للذي أعان ، بنحو ما ذكرنا ، إلا أجرة مثله أو مثل آلته بالغة مابلغت، لأنه استوفى منافعه بعقد فاسد [١] .

١١٤ ـ والمالكية والشافعية يوافقون في حالة انفراد أحد الشريكين بالعمل . أما في حالة وقوع العمل من الشريكين فإنهم يفرقون بين ثلاث حالات [٢] .

(١) تمايز العملين . فيكون لكل كسبه .

(٢) اختـلاط العملين ، لكن بحيث لا تلتبس نسبـة أحدهما إلى الآخر . فالكسب على هذه النسبة .

(٣) اختـلاط العـملين ، بحيث تلتبس نسبتهما . وهنا يخالفون الحنفية ، ويبـدون احتماليـن :

الاحتمال الأول : التساوي في الكسب ، لأنه الأصل . وهذا هو ظاهر كلام المالكية .

الاحتمال الثاني : تركهما حتى يصطلحا .

وهناك موضع خلاف آخر : فإن المباحات التي يحصلها أحد الشريكين على انفراد ـ في حالة الشركة لتحصيل المباحات ـ تكون بينه

---

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٧٧ ، مغني المحتاج ٢ / ٢١٦ ، قواعد ابن رجب ص ٦٥ .

(١) فتح القدير والعناية ٥ / ٣٢ ، رد المحتـار ٣ / ٣٦٠ ، ٣٦١ .

(٢) مع ملاحظة حالة رابعة يضيفها المالكية بشركة الوجوه الفاسدة دائما عندهم .

وبين شريكه ، ما دام الفرض أنه قد حصلها بهذه النية بناء على صحة النيابة فى تحصيل المباحات : وهو ما عليه المالكية والشافعية والحنابلة [١] .

وذهب الحنابلة إلى أن الربح في حالة عمل الشريكين ، يقسم بالتساوي ، إذ الفرض أن سبب الاستحقاق ، وهو العمل ، مشترك ، ثم يرجع كل شريك على شريكه بأجرة ما عمل له : أي بنصف أجرة عمله في الشركة الثنائية ، وثلثي أجرة عمله في الشركة الثلاثية ، وثلاثة أرباع أجرة عمله في الشركة الرباعية ، وهكذا دواليك . إلا أن الشريف أبا جعفر ، منهم ، يذهب في شركة الأموال إلى التسوية بين الشركة الصحيحة والفاسدة في قسمة الربح : فإن شرطا شيئا فهما على ما شرطاه ، لأن عقد الشركة يصح مع الجهالة ، فيثبت المسمى في فاسده كالنكاح [٢] .

١١٥ - وشركة الوجوه ، هي ، عند المالكية والشافعية ، من قبيل الشركة الفاسدة التى لا مال فيها ، ولها عندهم ثلاث صور :

(١) الخرشي على خليل ٤ / ٢٧٠ ، المهذب ١ / ٣٥٣ ، نهاية المحتاج ٥ / ٣ ، مغني المحتاج ٢ / ٢١٢ ، البجيرمي على المنهج ٣ / ٤٠ ، الشرقاوي على التحرير ٢ / ١١ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥ / ١٢٩ ، ومطالب أولي النهى ٣ / ٥١١ .

الصورة الأولى : أن يتفق اثنان فصاعدا على أن كل ما يشتريه أحدهما بدين في ذمته يكون الآخر شريكا له فيه ، والربح بينهما .

ومن المالكية من يميز هذه الصورة باسم شركة الذمم [١] .

ويرى الشافعية أن ما يشتريه كل منهما يكون لنفسه خاصة ، له ربحه وعليه وضيعته [٢] ومعنى ذلك أن ما يشتريانه معا ، يكون مشتركا بينهما شركة ملك ، حسب شروط العقد .

ولكن المالكية يقولون : بل - برغم الفساد - يكون بينهما ما يشتريانه معا أو يشتريه أحدهما - على ما شرطاه [٣] .

ويلاحظ أن كلا من المالكية والشافعية ، على هذا التصوير ، إنما يبنى على خلو المسألة من توكيل كل من الشريكين الآخر في الشراء له . فلو وجد هذا التوكيل ، فقد نص بعض المتأخرين جدا من الشافعية على أن الشركة تكون شركة عنان صحيحة بشرط بيان النسبة التي يكون عليها الربح بينهما - إن لم يعلم قدر المالين : وإذن فما يخص الشريك الذي

(١) الفواكه الدواني ٢ / ١٧٢ ، الخرشي على خليل ٤ / ٢٧١ .

(٢) مغني المحتاج ٢ / ٢١٢ .

(٣) حواشي التحفة ٢ / ٢١١ ، بلغة السالك ٢ / ١٦٩ .

لم يتول الشراء من الثمن ، يكون دينا عليه [١] .

أما التوكيل - أو الإذن - بشراء شيء معين لهما بثمن معلوم ، فهذا صحيح ، ويؤدي إلى شركة ملك لاخفاء بها عند الجميع ، كما لو اشترياه معا بدين عليهما ، قال المالكية وبعض الشافعية : ولا يطالب البائع كل شريك إلا بحصته من الثمن ، ما لم يشرط عليه الضمان عن شريكه ، والذي اعتمده الشافعية في مثله تنزيل الوكيل منزلة الضامن [٢] .

الصورة الثانية : أن يتفق وجيه وخامل على أن يشترى الوجيه ويبيع الخامل . وفيها يكون ما يشتريه الوجيه له خاصة . والخامل ليس إلا عامل جعالة فاسدة لجهالة العوض ، فيستحق أجرة مثل عمله على الوجيه - كما قرره الشافعية [٣] .

أما المالكية ، فلم يختلف الحكم الذي أعطوه لهذه الصورة عن الذي أعطوه للصورة الأولى - إلا بالنص على رجوع كل من الشريكين على الآخر بما عمل عنه . وقد نازع فيه بعضهم ، ومال إلى تصحيح الشركة .

(١) البجيرمي على المنهج ٣ / ٤٠ ، وما بعدها .
(٢) بلغة السالك ٢ / ١٦٩ ، مغني المحتاج ٢ / ٢٣١ .
(٣) نهاية المحتاج ٥ / ٣ .

الصورة الثالثة : أن يعمل الوجيه للخامل في ماله ، دون أن يسلم المال إليه ، أو تقتصر مهمة الوجيه على أن يبيع مال الخامل ، ولو أسلمه إليه ،

وقد ذكر الشافعية أن هذه الصورة بشقيها مضاربة فاسدة ، إما لكون رأس المال ليس نقدا ، وإما لعدم تسليمه للمضارب . فيكون للمضارب أجرة مثله لا غير [١] ولم يعرض المالكية للشق الأول من التصوير ، وهم في الشق الثاني موافقون على أنه للعامل أجرة مثله ، إلا أنهم سموها جعلا وزادوا أن للمشتري الخيار ، لمكان الغش ، إن كانت السلعة قائمة - وإلا فعليه الأقل من ثمنها ، وقيمتها [٢] .

١١٦ - ثالثا : حيث المال من أحد الشريكين وفسدت الشركة لأي سبب فالدخل له وللآخر أجرة مثله : عند الحنفية ، لأن الدخل نماء الملك ، كما قالوه في المزارعة الفاسدة : إذ يتبع الزرع البذر .

فلو عهد شخص يملك بيوتا أو عربات أو دواب إلى آخر ليقوم على تأجيرها ، وتكون الأجرة بينهما - فليس لهذا الآخر إلا أجرة مثله ، والدخل كله للمالك . كما أنه لو

(١) نهاية المحتاج ٥ / ٤ ، ٤٢ ، مغني المحتاج ٢ / ٢١٢ .
(٢) حواشي تحفة ابن عاصم ٢ / ٢١١ ، الخرشي على خليل ٤ / ٢٧١ .

احتـاج شخص يريد أن يبيع بضـاعتـه فـى السـوق إلـى عربـة أو دابـة تنقلها ، فلم يقبل صاحب العربة أو الدابة أن يعطيه إياها إلا بشرط أن يكون له نصف الربح فإن هذا الشرط يكون لغوا ، والشركة فاسـدة ، والربح كله لصاحب البضاعة ، لأنـه نماء ملكه ، وليس لصاحب الدابة أو العـربـة إلا أجرة مثلها ، لاستيفاء منافعها بعقـد فاسـد [١] .

١١٧ - وعنـد غير الحنفية كذلـك وهـو أن الربح تبع للمال [٢] . ولذا يقول الشافعية : لو أن ثلاثة اشتركوا ، أحدهم بماله ، والثاني بشراء سلعة بهذا المال ، والثالث ببيع هذه السلعة ، على أن يكون الربح بينهم يكون الربح لصاحب المال ، وليس عليه لكل من شريكيه سوى أجرة مثل عمله [٣] .

١١٨ - رابعا : اتفق الفقهاء على أنه إذا كان المال من الشريكين فالدخل بينهما بقدر المالين كما لو كانت حصة كل من الشريكين في ربح شركة أموال حصة مجهولة . وكما لو كان لأحد اثنين شاحنة وللآخر سيارة ركوب ، فاتفقا على أن يؤجر كل منهما ما يخصه وما يخص الآخـر ، ومـا حصل من الدخل بينهما على سواء ، أو بنسبة معلومة - فإن هذه الشركة فاسـدة ، إذ خلاصتهـا أن كلا منهـما قال للآخر : بع منافع هذا الشيء الذي تملكه ، ومنـافـع هذا الذي أملكه ، على أن يكون ثمن هذه وتلك قسمة بيننا بنسبة كذا - وليس هذا إلا تحصيل الربح من مال الغير ، دون عمل ولا ضمان ، والربح لا يكون إلا بمال أو عمـل أو ضمان : لكـن إذا وضـعت هذه الشركـة الفـاسـدة موضع التنفيذ فإن أجّرا السيارتين كل منهما بأجر معلوم فلكل منهما أجر ملكه وإن أجّرا السيارتين صفقة واحدة ، بأجـرة معلومة فى عمل معلوم ، فهي إجارة صحيحـة ، والأجـرة المتحصلة إنـما تقسم بينهما على مثل أجرة ما يملكه كل منهما - كما يقـسـم الـثمـن على قيمـة المـبيعـين المختلفـين [١] . لا على ما تشـارطـا ، لأن الشرط في ضمن الشركـة الفاسدة لغو ، لا اعتداد به [٢] .

١١٩ - وهذا الحكم الذي أخذه هذا القسم (حيث المـال من الشريكـين) كقـاعـدة عامة ، هو مذهب جماهير أهل العلم . فقد أطبق عليه المـالكية والشـافعية والحنـابلة ،

---

(١) فتح القدير ٥ / ٣٣ ، رد المحتار ٣ / ٣٦١ .
(٢) حواشي الخرشي على خليل ٤ / ٢٨٤ .
(٣) الشرقاوي على التحرير ٢ / ١١٣ .

---

(١) فتح القدير ٥ / ٣٣ ، مغني المحتاج ٢ / ٢١٦ .
(٢) بدائع الصنائع ٦ / ٧٧ ، الخرشي ٤ / ٢٧١ ، المغني ٥ / ١١٥ .

وقالوا : يرجع كل شريك على شريكه الآخر بأجرة مثل ما عمل له - إلا أن يكون متبرعا .

غير أن المالكية واقفون أبداً مع أصلهم الذي أصلوه في المزارعة - كما أسلفناه وجروا على سننه كلما كان له مجال : ولذا نجدهم يقولون - فيما لو اشترك ثلاثة : أحدهم بداره ، والثاني بدابته ، والثالث برحاه ، على أن يتولى عمل الطحن واحد منهم بعينه ، وليكن صاحب الدابة - أن الغلة كلها تكون للذي انفرد بالعمل ، وعليه للآخرين أجرة مثل ما قدموا [١]. وهو مسلك لا يكاد يسلكه سواهم . ومثال ذلك مسألة الشاحنة وسيارة الركوب ، إذا انفرد أحد الشريكين بالعمل .

ثم قد يقع الخلاف أيضا من الآخرين في طريق التطبيق : فقد نص الحنابلة كما ذكر ابن قدامة في مسألة الدابتين ، على أن الشريكين لو تقبلا عمل شيء معلوم إلى مكان معلوم في ذمتهما ، ثم حملا على الدابتين أو على غيرهما ، فإنها تكون شركة صحيحة ، والأجرة بينهما على ما شرطاه [٢] مع أن أصول الحنفية لا تساعده ، إذ لا بد عندهم للصحة من عقد تقبل عام بين

(١) الخرشي على خليل ٤ / ٢٧١ ، حواشي تحفة ابن عاصم ٢ / ٢١١ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥ / ١١٥ .

الشريكين سابق على هذا التقبل الذي ذكره ابن قدامة [١] على أن ابن قدامة عاد فأبدى احتمال تصحيح الشركة على شرطها - حتى في حالة ما إذا أجر الشريكان الدابتين إجارة عين قياسا على صحة الشركة عندهم في تحصيل المباحات [٢].

ملحق :

١٢٠ - فى الشركة الفاسدة ، كيف يطالب البائع بثمن ما باعه من أحد شريكيها - إذا غاب أحدهما وحضر الآخر ؟

يقول المالكية : إن الأحوال ثلاثة :

الحالة الأولى : أن يكون البائع يعلم فساد الشركة : فلا يكون له حق مطالبة الشريك الحاضر إلا بحصته في الثمن .

الحالة الثانية : أن يكون البائع يعلم بالشركة ، ولا يعلم بفسادها : وحينئذ يكون له حق مطالبة الشريك الحاضر ، بجميع الثمن ، ولو لم يكن هو الذي اشترى منه .

الحالة الثالثة : أن يكون لا يعلم بالشركة نفسها : وفى هذه الحالة إن كان الشريك الحاضر هو الذي اشترى منه ، طالبه بجميع الثمن ، لأنه لم يتعاقد معه على أنه وكيل لغيره في النصف ، وإن لم يكن هو الذي اشترى

(١) فتح القدير ٥ / ٣٣، رد المحتار ٣ / ٣٦١ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥ / ١١٦ .

منه ، فإنما يطالبه بحصة فى الثمن لا غير ، لأنه لم يملك إلا مقابل هذه الحصة من السلعة .

هكذا حكوه عن اللخمي والذي ذكره الخرشي خلافه ، فانظره إن شئت .

أسباب انتهاء الشركة :

الأسباب العامة :

أسباب الانتهاء العامة هي التي لا تخص شركة دون شركة ، بل تجيء في جميع أنواع الشركات وهي :

١٢١ - أولا - فسخ أحد الشريكين ، وقد سلف الكلام على هذا ، عند الكلام على عدم لزوم العقد .

١٢٢ - ثانيا : نص الحنفية على أن إنكار أحدهما الشركة بمثابة فسخها ، جتى إنه لو وقع ، لامتنع على الشريك الآخر ، بعد علمه به ، وعلى المنكر نفسه التصرف في حصة شريكه من مال الشركة . فإذا تصرف فيها كان عليه ضمانها ، كالغاصب وله ربحها وعليه خسارتها ، لأنه تصرف بغير إذن صاحبها - وإن كان لا يطيب له الربح عند أبي حنيفة ومحمد ، فيتصدق به [١] . وقد نص الشافعية - خلافا للحنابلة على البطلان بالإنكار في الوكالة ، إذا كان الإنكار متعمدا ولا يرمي به إلى غرض آخر - كصيانة مال الوكالة من أن تناله يد ظالم غاشم - والشركة عندهم ليست إلا وكالة [١] .

١٢٣ - ثالثا : جنون أحدهما جنونا مطبقا [٢] . وهو لا يصير مطبقا إلا بعد أن يستمر شهرا أو سنة كاملة - على خلاف عند الحنفية [٣] . فلا تنتهي الشركة إلا إذا مضت هذه المدة بعد ابتدائه .

وإنما تبطل الشركة ، لأنها تعتمد الوكالة ولا تنفك عنها ، والوكالة تبطل بالجنون المطبق ، لسلبه الأهلية .

ويعود هنا في تصرف الشريك الآخر في حصة المجنون ما سلف في الإنكار [٤] ونص على هذا المبطل أيضا الشافعية والحنابلة دون تقييد بمدة [٥] .

١٢٤ - رابعا : موت أحدهما : لأن الموت مبطل للوكالة ، والوكالة الضمنية جزء من ماهية الشركة لا تنفك عنها ابتداء ولا بقاء ،

---

(١) فتح القدير ٥ / ٣٤ ، رد المحتار ٣٥٧ ، ٣٦٢ .

(١) مغني المحتاج ٢ / ٢١٤ ، ٢٣٣ ، ومطالب أولي النهى ٣ / ٤٥٨ .

(٢) بكسر الباء ، والعامة تفتحها ، وله وجه في القياس ، لكنه غير منقول . كذا في المصباح .

(٣) الأول لأبي يوسف ، والثاني لمحمد : والترجيح مختلف . فانظره مع تعليلاته في البدائع ٦ / ٣٨ ، ومجمع الأنهر ٢ / ٢٣٧ .

(٤) بدائع الصنائع ٦ / ٧٨ ، رد المحتار ٣ / ٣٦٢ .

(٥) مغني المحتاج ٢ / ٢١٥ ، المغني لابن قدامة ٥ / ١٣٣ .

ضرورة الحاجة إلى ثبوت واستمرار ولاية التصرف لكلا الشريكين عن الآخر، منذ قيام الشركة إلى انتهائها . إلا أن بطلان الشركة في الأموال بالموت ، لا يتوقف على علم الشريك به ، لأنه عزل حكمي غير مقصود لا يمكن تقديمه وتأخيره ، إذ بمجرد الموت ينتقل شرعا ملك مال الميت إلى ورثته ، فلا يمكن إيقاف ما نفذه الشرع [١] .

وإنما تبطل الشركة بالموت بالنسبة للميت . فإذا لم يكن له سوى شريك واحد لم يبق شيء من الشركة بالضرورة ، أما إذا كان له أكثر من شريك ، فإن شركة الباقين على قيد الحياة باقية [٢] .

ونص على هذا المبطل أيضا الشافعية والحنابلة [٣] .

١٢٥ - ويقرر الشافعية والحنابلة أن للوارث الرشيد الخيار بين القسمة واستئناف الشركة ، وإن على ولي الوارث غير الرشيد ، أو ولي الشريك الذي انتهت الشركة بجنونه ، أن يختار من هذين الأمرين أصلحهما لمحجوره . نعم إن كان على التركة دين ، أو فيها وصية لغير معين ، توقف جواز استئناف الشركة على قضائهما - ولو من خارج التركة ، لأنهما يتعلقان بالتركة تعلق الرهن ، والمرهون لا تصح الشركة فيه .

والموصى له المعين بمثابة الوارث في ذلك كله ، ويعتبر كأحد الورثة عند التعدد . وفي استئناف الشركة يكتفي الشافعية بصيغة التقرير - وإن كان في بعض عباراتهم ما يفيد قصر هذا الاكتفاء على ما إذا كان مال الشركة عروضا [١] .

١٢٦ - خامسا : ذهب الحنفية إلى أن القضاء بلحاق أحدهما بدار الحرب مرتدا تنتهي به الشركة لأنه بهذا يصير من أهل دار الحرب ، والقضاء به عندهم موت حكمي . بل يرى أبو حنيفة أنه بالقضاء المذكور يتبين أن هذا الموت الحكمي كان من حين الردة [٢] فإذا بطلت الشركة بهذا السبب ، ثم عاد الشريك مسلما ، فلا جدوى بالنسبة للشركة : فقد بطلت وقضي الأمر .

أما الردة بدون هذا القضاء - سواء اقترنت باللحاق بدار الحرب أم لا - فإنما يترتب عليها إيقاف الشركة : حتى إذا رجع المرتد إلى

---

(١) فتح القدير ٥ / ٣٤ .
(٢) رد المحتار ٣ / ٣٦١ .
(٣) مغني المحتاج ٢ / ٢١٥ ، المغني لابن قدامة ٥/ ١٣٣ .

(١) مغني المحتاج ٢ / ٢١٥ ، نهاية المحتاج ٥ / ١٠ ، المغني لابن قدامة ٥ / ١٣٤ .
(٢) بدائع الصنائع ٦ / ١١٢ ، رد المحتار ٣ / ٣٠٩ .

الإسلام عادت سيرتها الأولى ، وإن مات أو قتل ، تبين بطلانها من حين الردة [١] .

١٢٧ - سادسا: مخالفة شروط العقد: كما لو تجاوز الشريك حدود المكان الذى قيدت به [٢] إلا أن البطلان يكون بمقدار المخالفة كليا أو جزئيا ، فمثال المخالفة الكلية ما لو نهى أحد الشريكين الآخر عن الخروج بالبضاعة، فخرج بها .

ومثال المخالفة الجزئية :

أن يبيع نسيئة ولا يجيزه شريكه ، فيبطل البيع في حصة الشريك ، وينفذ في حصة البائع - وفي هذه الحصة تبطل الشركة حينئذ .

١٢٨ - أما المالكية فلا يرتبون على مخالفة شروط العقد ، بل وطبيعته ، إلا إعطاء الشريك الآخر حق رد التصرف الذى وقعت به المخالفة ، وتضمين المخالف - إن ضاع المال بسبب مخالفته . فقد نصوا على ذلك فيما إذا استبد بالتصرف شريك العنان ، لأنها تقتضي عدم استبداد شريك بالتصرف للشركة ، دون مراجعة شريكه [٣] وكذا عند الحنفية وهو المفهوم من تصرف الشافعية [٤] بإزاء بيع الشريك نسيئة دون إذن شريكه ، باعتباره عندهم لا يستمد حق البيع نسيئة من طبيعة عقد الشركة [١] .

(١) فتح القدير ٥ / ٣٤ ، رد المحتار ٣ / ٣٦١ ، ٣٦٢ .
(٢) رد المحتار ٣ / ٣٥٧ .
(٣) بلغة السالك ٢ / ١٧١ .
(٤) وموقفهم من الإجازة مشهور.

١٢٩ - سابعا : ذكر الشافعية والحنابلة من المبطلات : طرو الحجر على أحد الشريكين بسفه . وزاد الشافعية الحجر للفلس إلا أنه مبطل جزئي بالنسبة للفلس : بمعنى أنه لا ينفذ من المفلس بعد الحجر عليه أي تصرف سلبه الحجر إياه . ومن قواعد الشافعية أن البيع والشراء في الذمة ينفذان من المفلس . أما السفيه ، فلا يصح له تصرف مالي إلا في الوصية والتدبير . فعلى هذا إذا باع المفلس أو شريكه شيئا من مال الشركة نفذ في نصيب غير المفلس وإذا اشترى المفلس للشركة في ذمته نفذ عليها عندهم [٢] .

الأسباب الخاصة :

١٣٠ - أولا : هلاك المال في شركة الأموال عند الحنفية : وصورته أن يهلك المالان ، أعني مال كل من الشريكين : سواء كان ذلك قبل الشراء بمال الشركة أم بعده ، أو يهلك مال أحدهما قبل الشراء بشيء من مال الشركة . والشق الثاني من الترديد لا يتصور إلا إذا كان مال هذا الأحد متميزاً من مال الآخر ، لاختلاف الجنس ، أو لعدم الاختلاط . أما إذا كان المالان من جنس

(١) نهاية المحتاج وحواشيها ٥ / ٩ .
(٢) الرشيد على نهاية المحتاج ٥ / ١٠ ، والمغني لابن قدامة ٥ / ١٢٣ .

واحد وقد خلطا ، فإن ما يهلك منهما يهلك على الشريكين كليهما ـ إذ لا يمكن القطع بأن الذي هلك هو مال هذا دون ذاك ، وما بقي فعلى الشركة . والسر في بطلان الشركة بهلاك المال ، أنه عندما يهلك مال الشركة كله يكون قد هلك محل العقد المتعين له ، والعقد يبطل بفوات محله ، كالبيع إذا هلك المبيع . وإنما تعين الهالك هنا محلا للعقد . لأن الأثمان ـ وإن كانت لا تتعين في المعاوضات لئلا تخرج عن طبيعة الثمنية ، وتصير سلعة مقصودة بذاتها ـ فإنها تتعين في غيرها ، كالهبة والوصية ـ من كل عقد لا يكون بإزائها فيه عوض . وهذه هي طبيعة الشركة [1].

فإذا بطلت الشركة بهلاك أحد المالين قبل الشراء ، فالمال الآخر خالص لصاحبه ، وما يشتريه به بعد يكون له خاصة لا سبيل لمن هلك ماله عليه ، لا من طريق الشركة ، لما علم من بطلانها ، ولا من طريق الوكالة التى كانت في ضمنها ، لأن بطلان الشركة يستتبع بطلانها ، وإن لم تكن بلفظ الوكالة [2] فحينئذ يكون ما يشتريه صاحب المال الباقي مشتركا بحكم الوكالة ، لأن الوكالة الصريحة

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٧٨ ، وفتح القدير ٥ / ٣٥٤ .

(٢) كما لو قالا : «اتفقنا على أن ما اشتراه كل منا يكون مشتركا بيننا» . رد المحتار ٣ / ٣٥٤ .

لا تبطل ببطلان الشركة [1]. ويرجع على شريكه بحصة من الثمن . لكنها إذن شركة ملك ، إذ لا عقد شركة بينهما .

١٣١ ـ وذهب الحنابلة إلى أن هلاك أحد المالين على الشركة بإطلاق ، والباقي بلا هلاك للشركة كذلك ، لأنهم يحكمون باشتراك المالين بمجرد عقد الشركة ، ويقولون إن المال يقسم بكلمة ، كما في الخرص ، فلا غرو أن يشترك فيه بكلمة ، كما في الشركة . فإذا كانت الشركة بالمال مناصفة ، اقتضى مجرد عقدها ثبوت الملك لكل من الشريكين في نصف مال صاحبه [2] وتوسط المالكية في معتمدهم ، فقالوا : إن هلاك أحد المالين قبل خلطهما ، ولو خلطا حكميا ، يكون من ضمان صاحبه خاصة ، لا من ضمان الشركة ـ ومع ذلك تبقى الشركة : بحيث يكون ما يشترى بالمال الباقي لها ، وعلى الشريك الذي تلف ماله حصته في الثمن ـ إلا أن يكون الشراء بعد علم المشتري بهلاك المال الآخر ولم يرده للشركة الشريك الذي هلك ماله ، أو أراده ولكن ادعى الآخر أنه اشتراه لنفسه :

(١) فتح القدير ٥ / ٢٣ ، بدائع الصنائع ٦ / ٧٨ ، رد المحتار ٣ / ٣٥٣ ـ ٣٥٤ .

(٢) المغني لابن قدامة ٥ / ١٢٨ .

فحينئذ يكون لصاحب المال الباقي وحده [١] .

أما الشافعية ، فلم أر لهم في ذلك كلاما صريحا . ولكن مقتضى جعلهم الخلط من شرائط صحة الشركة بطلان الشركة ، بهلاك أحد المالين فيما عداه أو هلاك المالين جميعا [٢] .

١٣٢ - ثانيا : فوات التساوي في شركة المفاوضة : سواء كان الفائت هو التساوي في رأس المال ، أم في أهلية التصرف ، وإذا بطلت المفاوضة بهذا أو ذاك ، انقلبت عنانا ، لعدم اشتراط المساواة في العنان ، كما هو معلوم ، وهذا عند الحنفية [٣] .

ثالثا : انتهاء المدة في الشركة المؤقتة وقد تقدم أن التأقيت صحيح عند سائر الفقهاء عدا الطحاوي من الحنفية .

(١) بلغة السالك ٢ / ١٦٨ .

(٢) نهاية المحتاج وحواشيها ٥ / ١٠ ، مغني المحتاج ٥ / ٢١٥ .

(٣) الفتاوي الهندية ٢ / ٣١١ .

شُروع

التعريف :

١ - الشروع مصدر شرع . يقال : شرعت في الأمر أشرع شروعا ، أخذت فيه ، وشرعت في الماء شروعا شربت بكفيك أو دخلت فيه ، وشرعت المال (أي الإبل) أشرعه : أوردته الشريعة ، وشرع الباب إلى الطابق شروعا : اتصل به ، وطريق شارع يسلكه الناس عامة ، وأشرعت الجناح إلى الطريق : وضعته .

ومنه : شرع الله الدين ، أي سنه وبينه ، ومنه الشريعة وهي ماشرعه الله لعباده من العقائد والأحكام [١] .

ولا يخرج المعنى الاصطلاحي عن معناه اللغوي .

الأحكام المتعلقة بالشروع :

الشروع في العبادات :

٢ - اتفق الفقهاء على أن الشروع في العبادات يتحقق بالفعل مقرونا بالنية حقيقة

(١) لسان العرب ، والمشوف المعلم ١/٤٢٣ ، ٤٢٤ ، والمصباح المنير ، ومختار الصحاح ، والمعجم الوسيط .

أو حكما بحسب كل عبادة ، فعلى سبيل المثال يكون الشروع في الصلاة بتكبيرة الإحرام مقرونة بالنية ، والصوم يكون الشروع فيه بالنية والإمساك [١] .

(انظر مصطلح : عبادة - نية - صلاة - صوم - حج - جهاد - ذكر) .

الشروع في المعاملات :

٣ - يتحقق الشروع في المعاملات : بالقول ، أو ما يقوم مقامه وينوب عنه من : المعاطاة عند من يقول بها ، أو الكتابة ، أو الإشارة .

ولا تعد النية هنا شروعا في البيع ، أو النكاح ، أو الإجارة ، أو الهبة ، أو الوقف ، أو الوصية ، أو العارية ، أو غيرها من أصناف المعاملات ، لأننا لانعلم القصد المنوي . فهذه المعاملات مبنية على الإيجاب والقبول ، فإيجاب الموجب بقوله : « بعتك كذا وكذا » شروع في البيع ، فإذا قبل البائع هذا الإيجاب تم البيع [٢] .

الشروع في الجنايات :

٤ - يتحقق الشروع في الجنايات والحدود : بالفعل لا بالقول ، ولا بالنية .

مايجب إتمامه بالشروع :

٤م ما أوجبه الله - سبحانه وتعالى - على المكلف ، إذا شرع فيه وجب عليه إتمامه باتفاق ، ولا يجوز له قطعه أو الانصراف عنه إلا بعد إتمامه .

ويستثنى من ذلك حالة الضرورة التي تمنع من إتمامه ، كأن ينتقض وضوء المصلي ، أو يغمى عليه ، أو تحيض المرأة أثناء الصلاة ، أو غير ذلك مما يعوق المكلف عن الإتمام .

انظر مصطلح (استئناف - حيض - صلاة) .

ومثل الصلاة كل مفروض من : صيام أو زكاة ، أو حج ، إذا شرع فيه وجب إتمامه ، ويأثم بتركه ، وقد يجلب عليه العقاب في الدنيا ، كالكفارة لمن أفطر متعمدا في رمضان بدون عذر ، ولزوم الهدي لمن أفسد حجه أو عمرته ، وإعادتهما في العام القابل أمر لازم متعلق بذمته .

قال الزركشي : أما الشارع في فرض الكفاية ، إذا أراد قطعه فإن كان يلزم من قطعه بطلان ما مضى من الفعل حرم كصلاة

---

(١) بدائع الصنائع ١/١٩ ، ١٩٩ ، والهداية شرح بداية المبتدي - للمرغيناني ١/٣٠ ، والكافي لابن عبد البر ١/١٦٤ ، ١٩٩ ، ٣٣٤ ، والأشباه والنظائر - للسيوطي ص ٤٣ ، والأم - للإمام الشافعي ١/٨٦ ، وروضة الطالبين للنووي ١/٢٢٤ ، وشرح التحرير - للأنصاري ١/١٨٢ ، ١٨٣ والمغني ١/١١٠ ، ٢٦٤ .

(٢) الهداية ٣/١٦ ، ١٧ ، والمقدمات الزكية ص ٢٥٠ ، ٢٥١ .

الجنازة ، وإلا فإن لم تفت بقطعه المصلحة المقصودة للشارع ، بل حصلت بتمامها ، كما إذا شرع في إنقاذ غريق ثم حضر آخر لإنقاذه جاز قطعا .

نعم ذكروا في اللقيط أن من التقط ليس له نقله إلى غيره ، وإن حصل المقصود ، لكن لا على التمام ، والأصح أن له القطع أيضا،كالمصلي في جماعة ينفرد ، وإن قلنا الجماعة فرض كفاية ، والشارع في العلم فإن قطعه له لايجب به بطلان ماعرفه أولا ، لأن بعضه لا يرتبط ببعض ، وفرض الكفاية قائم بغيره ، فالصور ثلاثة :

قطع يبطل الماضي فيبطل قطعا ، وقطع لايبطله ولا يفوت الشاهد فيجوز قطعا ، وقطع لايبطل أصل المقصود ، ولكن يبطل أمرا مقصودا على الجملة ، ففيه خلاف .

قال الفتوحي من الحنابلة : يتعين فرض الكفاية بالشروع فيه ، ويجب إتمامه على الأظهر ويؤخذ لزومه بالشروع من مسألة حفظ القرآن ، فإنه يحرم ترك الحفظ بعد الشروع فيه على الصحيح من المذهب ، وفي وجه يكره [1] .

(١) جامع الأسرار - للبخاري ص ١٠٢ ، والمجموع للنووي ٣٩٤/٦ ، الفوائد في اختصار المقاصد - للعزبن عبد السلام ص ١٠٥ ، شرح الكوكب المنير - لابن النجار ٣٧٨/١ ، والمنثور في القواعد للزركشي ٢٤٣/٢ .

٥ - أما ماندب إليه الشارع من السنن فإن كان حجا أو عمرة وشرع فيهما وجب عليه الإتمام باتفاق ، لقوله تعالى : ﴿ وأتموا الحج والعمرة لله ﴾ [1]. وإن كان غيرهما فإتمامه بعد الشروع فيه محل خلاف :

فذهب الحنفية إلى أن من شرع في نقل لزمه إتمامه لقوله تعالى : ﴿ ولا تبطلوا أعمالكم ﴾ [2] فما أداه وجب صيانته وحفظه عن الإبطال،لأن العمل صار حقا لله ، ولا سبيل إلى حفظه إلا بالتزام الباقي ، فوجب الإتمام ضرورة .

فإن خرج منه بدون عذر ، لزمه القضاء ، وعليه الإثم ، والعقاب على تركه ، وإن خرج منه لعذر لزمه القضاء . فأصبحت النافلة عندهم واجبا بعد الشروع .

وذهب المالكية إلى أن من خرج من النفل بعذر ، فلا قضاء عليه ، ومن خرج من غير عذر ، فعليه القضاء .

وذهب الشافعية إلى أنه إذا شرع في النفل لم يلزمه المضي فيه ، ولا يجب عليه القضاء إذا لم يتمه ، لأن النفل لما شرع غير لازم قبل الشروع ، وجب أن يبقى كذلك بعد الشروع ، لأن حقيقة الشرع لا تتغير

(١) سورة البقرة /١٩٦ .
(٢) سورة محمد /٣٣ .

بالشروع ولـو أتمـه صار مؤديا للنفـل ، لا مسقطا للوجوب . أما لو شرع في صوم نفل فنذر إتمامه ، لزمه على الصحيح .

وذهب الحنابلة إلى أن من شرع في النفل يستحب له البقاء فيه ، وإن خرج منه لا إثم عليه ، ولا يجب عليه القضاء [1] .

٦ ـ أمـا قراءة القـرآن الكـريم : إذا شرع المكلف فيها ، فيكره قطعها لمكالمة الناس ، فلا ينبغي أن يؤثر كلامه على قراءة القرآن . وقد ورد عن ابن عمر رضي الله تعالى عنهما : « أنه كان إذا قرأ القرآن لم يتكلم حتى يفرغ منه » [2] .

وأما الحائض والنفساء فإنهما إذا شرعتا في قراءة القـرآن الكـريم ، ناسية إحداهما أنها حائض ، والأخـرى أنها نفساء ، فلا يجب عليهما الاستمرار في القراءة ، بل يجب عليهما القطع .

أمـا المستحاضة ، ومن به عذر،كسلس البـول وغـيره ، فإنـه إذا توضـأ أحـدهـا للصـلاة ، فيجوز له أن يقرأ القرآن ، فإذا شرع في قراءة متوضئا ، فلا يقطع ندبا ، ولا يجب عليه إتمام السورة أو الحزب من القرآن الكريم .

أما إذا شرع المكلف الذى لا يمنعه مانع من قراءة القـرآن الكـريم ، ثم ترك القراءة لضرورة طرأت عليه ـ كخـروج ريح ، أو حصر بول ، فله عدم إتمام ما قرأ وينتهي إلى حيث يقف ، وإذا تركـه لا لضرورة ، فلا عليه إلا أن يتخير الوقف ، بانتهاء مايتعلق بما يقرأ ، فلو كان يقرأ في قصة موسى ، أو هود أو أهـل الكهف ، فليتمهـا ندبا حتى لايكون كلامه مبتورا ، وحتى تكتمل في رأسه الموعظـة .

أما إذا شرع في غير قراءة القرآن الكريم ـ كورد من الأوراد ، أو مايسـمـى بالـذكـر الجماعي أو الفردي ـ فلا يطالب بإتمامه ، لأنه غير ملـزم بـه .

٧ ـ وأما المباح : إذا شرع فيه المكلف فإتمامه وعـدمـه سواء ، لأن الله ـ سبحانه وتعالى ـ خير المكلف بين فعله وتركه .

الشروع في العقود :

أولا : عقـد البيـع :

٨ ـ البيع إيجـاب وقبـول ، فإن حصـل الإيجـاب كان شروعـا في البيع ، فإن وافقه

(١) المجمـوع للنـووي ٣٩٤/٦ ، والهـداية للمرغينـاني ١٢٨/١ ، والمغـني لابن قدامـة ١٥١/٣ ـ ١٥٣ ، والمحصـول للرازي ٣٥٧/٢/١ ـ ٣٥٨ ، وأصـول السرخسي ١١٥/١ ، وشرح الجلال المحلي على منهاج الطالبين ٢٩١/٤ ـ ٢٩٤ ، ومرآة الأصول للأزميري ٣٩٣/٢ .

(٢) أثر ابن عمر : أنه كان إذا قرأ القرآن لم يتكلم حتى يفرغ منـه .
أخرجه البخاري (الفتح ١٨٩/٨ ـ ط السلفية) .

القبول كان إتماما للبيع . فإن رجع الموجب في إيجابه ، قبل صدور القبول ، يكون رجوعا عن الشروع في البيع فإن صدر القبول قبل عود الموجب تم البيع [١].

انظر مصطلح (إيجاب) و (بيع)

ثانيا : الهبة :

٩ - يكون الشروع في الهبة بلفظ : وهبت ، وأعطيت ، ونحلت ، ولا تتم إلا بالقبض عند جمهور الفقهاء ولا تلزم بالشروع [٢].

وانظر مصطلح (هبة) .

ثالثا : الوقف :

١٠ - الشروع في الوقف يكون بلفظ : وقفت ، وحبست ، فمن أتى بكلمة منهما ، كان شارعا في الوقف ، ولزمه لعدم احتمال غيرهما عند جمهور الفقهاء . وذهب أبو حنيفة : إلى أن الوقف لايلزم بمجرده ، وللواقف الرجوع فيه ، إلا أن يوصي به بعد موته فيلزم ، أو يحكم بلزومه حاكم .

وخالفه صاحباه ، فقالا بلزومه ، وأنه ينقل الملك ، ولا يقف لزومه على القبض .

وقال أبو حنيفة ، وهو رواية عن أحمد : إنه لا يلزم إلا بالقبض، وإخراج الوقف له عن يده [١].

انظر مصطلح (وقف) .

رابعا : الوصية :

١١ - الشروع في الوصية يقع بالقول أو الكتابة ، كأن يوصي لشخص معين أو غيرمعين وتتم ويلزم بقبول الموصى له المعين بعد وفاة الموصي [٢].

انظر مصطلح (وصية) .

خامسا : العارية :

١٢ - يكون الشروع فيها كسائر العقود المنضبطة بالإيجاب والقبول ، فيكون الإيجاب بقوله : أعرتك كذا شروعا في الإعارة ، ويكون القبول فيها إتماما لعقد العارية ، فبه يتم العقد ، ولكل من المعير والمستعير الرجوع قبل صدور القبول ، وقبل القبض أيضا برفض أخذها ، وله الرجوع بعد ذلك لأنها عقد جائز من الطرفين عند الجمهور . (ر : إعارة) .

الشروع بدون إذن فيما يحتاج إلى إذن :

١٣ - الشروع في العبادات المفروضة لايحتاج إلى إذن ، إذ أن فرضيتها على المكلفين لايقتضى إذنا من أحد .

---

(١) مغني المحتاج ٢/٢-٦ ، المغني لابن قدامة ٣/٥٦٠-٥٦٦ .

(٢) مطالب أولي النهى ٤/٣٧٨ ، والمغني لابن قدامة ٥/٦٤٩ ، مغني المحتاج ٢/٣٩٦ .

(١) مطالب أولي النهى ٤/٢٧٣ ، والمغني ٥/٥٩٧ ، ٥٩٨ ، ٦٤٩ .
ومغني المحتاج ٢/٣٨٢ ، ٣٧٦ .

(٢) المغني ٦/١ - ٢ ، ٦٨ - ٦٩ ، ومغني المحتاج مع المنهاج ٣/٣٩ ، ٧١ - ٧٢ .

أمـا الـعـبـادات غير المفـروضـة ، والمعاملات ، فقد أوجب الشارع الإذن فيها لحق من له الحق على المكلف ، كحق الزوج على زوجته ، وحق الولي على الصغير والسفيه .

فأعطى للزوج أن تستأذنه زوجته في فعل بعض النوافل من العبادات فإذا لم يأذن لها ، ولم تطعه ، كان له منعها ، فإذا شرعت المرأة في الحج تطوعا ، بدون إذن زوجها ، فللزوج أن يحللها ، وعليها القضاء .

وكذا إذا شرعت في صيام نفل بدون إذنه ، له أن يفطرها ، لخبر الصحيحين : « لايحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه » [١].

شُرُوق

انظر : طلوع

شطرنج

انظر : لعب

(١) حديث : « لايحل للمرأة أن تصوم وزوجها شاهد إلا بإذنه » .
أخرجه البخاري (الفتح ٤/٢٩٥ ـ ط السلفية) ومسلم (٢/٧١١ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة .

شَعَائِر

التعريف :

١ ـ الشعائر : جمع شعيرة : وهي العلامة : مأخوذ من الإشعار الذي هو الإعلام ، ومنه شعار الحرب وهو ما يسم العساكر علامة ينصبونها ليعرف الرجل رفقته [١].

وإذا أضيفت شعائر إلى الله تعالى فهي : «أعلام دينه التي شرعها ، الله فكل شيء كان علما من أعلام طاعته فهو من شعائر الله» [٢].

والاصطلاح الشرعي في (شعائر الله) لا يخرج عن المعنى اللغوي .

فكل ما كان من أعلام دين الله وطاعته تعالى فهو من شعائر الله ، فالصلاة ، والصوم والزكاة والحج ومناسكه ومواقيته ، وإقامة الجماعة والجمعة في مجاميع المسلمين في البلدان والقرى من شعائر الله ، ومن أعلام طاعته . والأذان وإقامة المساجد والدفاع عن بيضة المسلمين بالجهاد في سبيل الله من

(١) لسان العرب .
(٢) تفسير الفخر الرازي في تفسير آية : «إن الصفا والمروة من شعائر الله» ، التعريفات للجرجاني ، تفسير البيضاوي في تفسير الآية المذكورة .

شعـائـر الله (١). قال تعالى : ﴿ إن الصفا والمروة من شعائر الله (٢) ﴾ . والآية بعد الأمر بالصلاة ، والزكاة في أكثر من آية من السورة وبعد ذكر الصبر والقتل في سبيل الله - وهو الجهاد لإقامة دين الله - تفيد أن السعي بين الصفا والمروة من جملة شعائر الله ، أي أعلام دينـه .

وكذلك قوله تعالى : ﴿ والبدْن جعلناها لكم من شعائر الله ﴾ (٣) .

وكـذلـك المراد في قوله تعالى : ﴿ ومن يعـظم شعـائـر الله فإنها من تقـوى الـقـلوب ﴾ (٤)، أي معـالم دين الله ، وطـاعتـه . وتعـظيمها : أداؤها على الوجه المطلوب شرعا .

وقيل : المـراد منهـا العبـادات المتعلقـة بأعمال النسك ، ومواضعها ، وزمنها . وقيل : المراد منهـا الهـدي خاصـة . وتعظيمهـا : استسـانها . قالـه ابن عبـاس . والإشعار عليها : جعل علامة على سنامها ؛ بأن يعلم بالمدية ليعرف أنها هدي فيكون ذلك علما على إحرام صاحبها وعلى أنه قد جعلها هديا لبيت الله الحرام فلا يتعرض لها (١) .

قال تعالى : ﴿ ياأيها الذين آمنوا لا تُحلوا شعائر الله ولا الشهر الحرام ﴾ (٢) .

الحكـم التكليفـي :

٢ - يجب على المسلمين إقامة شعائر الإسلام الظاهرة ، وإظهارها ، فرضا كانت الشعيرة أم غير فرض .

وعـلى هذا إن اتفق أهل حلة أو بلد أو قرية من المسلمين على ترك شعيرة من شعائر الإسلام الظاهرة قوتلوا ، فرضا كانت الشعيرة أو سنة مؤكدة ، كالجماعة في الصلاة المفروضة والأذان لها . وصلاة العيدين وغير ذلك من شعائر الإسلام الظاهرة (٣) .

لأن ترك شعائر الله يدل على التهاون في طاعة الله ، واتباع أوامره .

هذا ومن شعـائر الإسلام مناسك الحج كالإحـرام والـطواف والسعي والوقوف بعرفة والمزدلفـة ومنى وذبح الهدي وغير ذلك من

---

(١) تفسـير ابن حبـان . وتفسير البيضاوي ، وتفسير الفخر الـرازي في تفسير آيتي ﴿إن الصفا والمروة﴾ .﴿ومن يعظم شعائر الله﴾ .

(٢) سورة البقرة /١٥٨ .

(٣) سورة الحج /٣٦ .

(٤) سورة الحج /٣٢ .

---

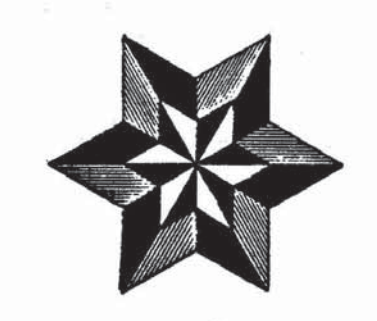
(١) المصادر السابقة .

(٢) سورة المائدة /٢ .

(٣) أسنى المطالب ١٧٤/٤ ، روضة الطالبين ٢١٧/١٠ ، بدائـع الصنـائـع ٢٣٢/١ و ٩٨/٧ ، كشـاف القناع ٢٣٢/١ ، نهاية المحتاج ٣٦/٢ - ٣٧ .

أعمال الحج الظاهرة ، ومن الشعائر في غير الحـج : الأذان ، والإقـامـة ، وصـلاة الجماعة ، والجمعة والعيدين ، والجهاد وغير ذلك .

وتنظر أحكام كل منها في مصطلحه من الموسوعـة .



شِعَار

التعريـف :

١ - الشعـار من الثياب هو ما ولي جسـد الإنسـان دون ما سواه من الثياب . سمي بذلك لمماسته الشعر .

وفي الحـديث أن الـنـبي ﷺ قال : « الأنصار شعار والناس دثار » [١] . يصفهم بالمودة والقرب .

والشعار أيضا ما يشعر الإنسان به نفسه في الحرب ، وشعار العساكر ، أن يسموا لها علامـة ينصبـونها ليعرف الرجل بها رفقته ، والشعـار أيضـا علامة القوم في الحرب وهو ما ينـادون به ليعـرف بعضهم بعضا ، وفي الحديث « أن شعار رسول الله ﷺ أمت أمت » [٢] .

وأشعر القوم : نادوا بشعارهم . والشعار

---

(١) حديث : « الأنصار شعار والناس دثار » .
أخرجه البخارى (الفتح ٨/٤٧ - ط السلفية) .
ومسلم (٢/٧٣٩ - ط الحلبي) من حديث عبد الله ابن زيد .

(٢) حديث : « كان شعار النبي ﷺ : أمت أمت » .
أخرجه الحاكم (٢/١٠٧ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث سلمة بن الأكوع وصححه ووافقه الذهبي .

العلامة قال الأصمعي : ولا أرى مشاعر الحج إلا من هذا لأنها علامات له [١].

والشعار عند الفقهاء العلامة الظاهرة المميزة . والشعار من الثياب هو مايلي شعر الجسد ويكون تحت الدثار . فالدثار لا يلاقي الجسد والشعار بخلافه [٢].

الحكم الإجمالي :

أ ـ التشبه بشعار الكفار :

٢ ـ ذهب جمهور الفقهاء إلى أن التشبه بغير المسلمين في اللباس الذي يميزهم عن المسلمين كالزنار ونحوه ، والذي هو شعار لهم يتميزون عن المسلمين، يحكم بكفر فاعله ظاهرا إن فعله في بلاد الإسلام، وكان فعله على سبيل الميل إلى الكفار ، أي : في أحكام الدنيا ، إلا إذا كان الفعل لضرورة الحر أو البرد أو الخديعة في الحرب أو الإكراه من العدو . فلو علم بعد ذلك أنه لبسه لا لاعتقاد حقيقة الكفر لم يحكم بكفره فيما بينه وبين الله تعالى ، وذلك لما روى ابن عمر ، قال : قال رسول الله ﷺ « من تشبه بقوم فهو منهم » [١]. ولأن اللباس الخاص بالكفار علامة الكفر ، والاستدلال بالعلامة والحكم بها دلت عليه مقرر في الشرع والعقل [٢].

ولمزيد من التفصيل (ر : تشبه ، ف ٤ وألبسة) .

ب ـ لباس ما يكون شعارا للشهرة :

٣ ـ وهو اللباس المخالف للعادة عند أهل البلدة بحيث يشتهر لابسه عند الناس ويشيرون إليه . وهذا مكروه شرعا ، لحديث ابن عمر قال ، قال رسول الله ﷺ : « من لبس ثوب شهرة في الدنيا ، ألبسه الله ثوب مذلة يوم القيامة ، ثم ألهب فيه نارا » [٣]. ولكونه سببا إلى حمل الناس على الغيبة [٤].

وللتفصيل (ر : ألبسه . ف ١٦ ، ١٣٦/٦) .

ج ـ استعمال آلة من شعار شربة الخمر :

٤ ـ اختلف أهل العلم في المعازف ،

---

(١) لسان العرب ، المصباح المنير ، والتهذيب للأزهري .

(٢) الإقناع للخطيب الشربيني ١٤٠/١ ، كشاف القناع عن متن الإقناع ١٢٨/٣ ، فتح القدير ٣٠٢/٥ ، ابن عابدين ٢٢٦/٥ ـ ٢٢٧ .

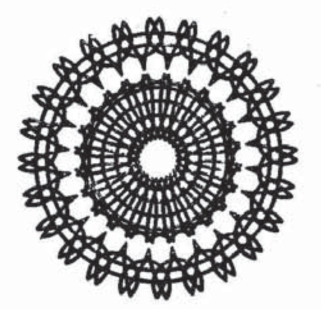
(١) حديث : « من تشبه بقوم فهو منهم .. » أخرجه أبو داود (٤/ ٣١٤ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) وجوده ابن تيمية في اقتضاء الصراط المستقيم (٢٣٦/١ ـ ط العبيكان) .

(٢) الفتاوى الهندية ٢٧٦/٢ ، جواهر الإكليل ٢٧٨/٢ ، تحفة المحتاج ٩٢/٩ .

(٣) حديث : « من لبس ثوب شهرة في الدنيا ... » أخرجه ابن ماجة (١١٩٣/٢ ـ ط الحلبي) وهو حديث حسن .

(٤) المدخل لابن الحاج ١٣٧/١ ، كشاف القناع عن متن الإقناع ٢٧٨/١ ـ ٢٨٥ ـ ط النصر الحديثة .

والمعتمد عند أكثرهم أنه يحرم استعمال آلة من شعار الشربة كطنبور وعود ، وجدك وصنج ومـزمار عراقي وسائر أنواع الأوتار والمزامير ، لأن اللذة الحاصلة منها تدعو إلى فساد كشرب الخمر لا سيما من قرب عهده بها ، ولأنها شعار الفسقة والتشبه بهم حرام ، وخرج من سمعها بغير قصد [١] . (ور : سماع . ملاهي) .



(١) حاشية ابن عابدين ٣٨٢/٤ ، جواهر الإكليل ١١/٢٣٨/٢ ، ٢٣٣/٢ ، نهاية المحتاج ٢٨١/٨ ، المغني ١٧٥/٩ - ١٧٦ .

شَعْر وصُوف ووَبَر

التعريف :

١ - الشعر لغة : نبتة الجسم مما ليس بصوف ولا وبر للإنسان وغيره ، وفي المعجم الوسيط الشعر زوائد خيطية تظهر على جلد الإنسان وغيره من الثدييات ويقابله الريش في الطيور والخراشيف في الزواحف ، والقشور في الأسماك ، وجمعه أشعار وشعور .

ويقال : رجل أشعر وشعر وشعراني إذا كان كثير شعر الرأس والجسد [١] . والصوف ما يكون للضأن وما أشبهه أخص منه ، والصوف للضأن ، كالشعر للمعز ، والوبر للإبل [٢] .

والوبر ماينبت على جلود الإبل والأرانب ونحوها ، والجمع أوبار ، ويقال جمل وبر وأوبر إذا كان كثير الوبر ، والناقة وبرة ووبراء [٣] .

والريش مايكون على أجسام الطيور

(١) لسان العرب والقاموس والمصباح المنير والمعجم الوسيط مادة (شعر) .

(٢) لسان العرب ، والمصباح المنير مادة (صوف) .

(٣) لسان العرب والمصباح المنير مادة (وبر) .

أجنحتها . وقد يخص الجناح من بين سائره . والفرو : جلود بعض الحيوان كالدببة والثعالب تدبغ ويتخذ منها ملابس للدفء وللزينة وجمعه فراء .

حكم شعر الإنسان :

٢ - شعر الإنسان طاهر حيا أو ميتا ، سواء أكان الشعر متصلا أم منفصلا ، واستدلوا لطهارته بأن النبي ﷺ ناول أبا طلحة شعره فقسمه بين الناس [(١)].

واتفق الفقهاء على عدم جواز الانتفاع بشعر الآدمي بيعا واستعمالا ، لأن الآدمي مكرم لقوله سبحانه وتعالى : ﴿ ولقد كرمنا بني آدم ﴾ [(٢)].

فلا يجوز أن يكون شيء من أجزائه مهانا مبتذلا [(٣)].

شعر الحيوان الميت :

٣ - ذهب الحنفية والمالكية والحنابلة إلى طهارة شعر الميتة إذا كانت طاهرة حال الحياة .

وانفرد المالكية بالقول بطهارة شعر الخنزير لأنه طاهر حال الحياة ، وهذا إذا جزّ جزا ولم ينتف: فإن نتف فإن أصوله نجسة، وأعلاه طاهر .

واستدلوا بقوله سبحانه وتعالى: ﴿ ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها أثاثا ومتاعا إلى حين ﴾ [(١)].

والآية سيقت للامتنان ، فالظاهر شمولها لحالتي الموت والحياة .

وبحديث ميمونة - رضي الله عنها - : أن الرسول ﷺ قال في شاة ميمونة حين مر بها : « إنما حرم أكلها [(٢)]. - وفي لفظ - إنما حرم عليكم لحمها ورخص لكم في مسكها » [(٣)] أي جلدها .

واستدلوا من المعقول بأن المعهود في الميتة حال الحياة الطهارة ، وإنما يؤثر الموت النجاسة فيما تحله الحياة ، والشعور لاتحلها الحياة .

فلا يحلها الموت ، وإذا لم يحلها وجب الحكم ببقاء الوصف الشرعي المعهود لعدم المزيل .

فالأصل في طهارة شعر الميتة أن مالا تحله

---

(١) حديث «إن النبي ﷺ ناول أبا طلحة شعره » .
أخرجه مسلم (٢/٩٤٨ - ط الحلبي) من حديث أنس ابن مالك .

(٢) سورة الإسراء / ٧٠ .

(٣) البناية ٦/٤٠٧ ، حاشية الشبراملسي على نهاية المحتاج ٢/٣٣٠ ، حاشية الدسوقي ١/٤٩ ، ونهاية المحتاج ١/٢٢٨ ، ٢٢٩ ، كشاف القناع ١/٥٦ - ٥٧ .

---

(١) سورة النحل / ٨٠ .

(٢) حديث : « إنما حرم أكلها » .
أخرجه البخاري (الفتح ٤/٤١٣ - ط السلفية) ومسلم (١/٢٧٦ - ط . الحلبي) من حديث ابن عباس .

(٣) حديث : « إنما حرم عليكم لحمها ورخص لكم في مسكها » .
أخرجه الدارقطني (١/٤٤ - ط دار المحاسن) وصححه .

الحياة - لأنــه لايحس ولا يتـألم - لا تلحقـه النجاسة بالموت [١] .

وذهب الشافعية إلى نجاسة شعر الميتة إلا مايطهر جلده بالدباغ ودبغ ، وكذلك الشعر المنفصل من الحيوان غير المأكول وهو حي .

واستدلوا لذلك بقوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتــة ﴾ [٢] . وهـو عام في الشعـر وغيره . والميتة اسم لما فارقته الروح بجميع أجــزائـه بدون تذكية شرعية ، وهـذه الآية خاصة في تحريم الميتة وعامة في الشعر وغيره ، وهي راجحة في دلالتها على الآية الأولى وهو قولـه تعـالى : ﴿ ومن أصـوافهـا وأوبـارهـا وأشعـارها أثاثا ومتاعا إلى حين ﴾ [٣] . لأن قوله تعالى : ﴿ حرمت عليكم الميتة ﴾ ورد لبيان المحرمات والآية الأولى وردت للامتنان .

واستـــدلـوا من المعقـول بأن كل حيوان ينجس بالموت ينجس شعره وصوفه [٤] .

شـعر الميـت :

أولا : شعر رأس الرجل الميت

٤ - ذهب الحنفية والحنـابلة إلى عدم جواز حلق شعر رأس الميت ولا تسريحه ، لأن حلق الشعر يكون للزينة أو للنسك والميت لانسك عليه ولا يزيّن .

وعن عائشة - رضي الله عنها - أنها مرت بقـوم يسرحون شعر ميت فنهتهم عن ذلك وقـالت : علام تنصـون ميتكم . أي : لا تسرحـوا رأسـه بالمشط ، لأنـه يقطع الشعر وينتفــه ، وعــبرت بتنصـون وهـو الأخـذ بالناصية ، أي منها ، تنفيرا عنه ويدل لعدم الجواز القياس على الختان حيث يختن الحي ولا يختن الميت .

وذهب الشـافعية في المختار والمالكية إلى جواز حلق شعر رأس الميت مع الكراهة وقيد الشافعية في المشهور عندهم الجواز بها إذا كان من عادة الميت حلقه أما إذا كان لايعتاد ذلك بأن كان ذا جمـة فـلا يحلق بلا خلاف عندهم ، واستدلوا لما ذهبوا إليه بأن الشعر من أجـزاء الميت ، وأجـزاؤه محترمة ؛ فلا تنتهك بهذا ، ولم يصح عن النبي ﷺ والصحابة في هذا شيء فكره فعله .

وللشـافعية قولان آخران : الأول : أنه لايكــره ولا يسـتحـب ، والثـاني : أنــه يستحب ، وفي اللحية والشـارب تفصيل ينظر في (شارب ، ولحية) .

---

(١) فتح القدير ١/٨٤ ، ٨٥ ، كشاف القناع ١/٥٦ - ٥٧ ، حاشية الدسوقي ١/٤٩ .

(٢) سورة المائدة /٣ .

(٣) سورة النحل /٨٠ .

(٤) المجموع ١/٢٣٠ - ٢٣١ ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ - ٢٣٧ ، مغني المحتاج ١/٧٨ .

ثانيا : شعر رأس المرأة الميتة :

٥ - اتفق . جمهور الفقهاء على استحباب ضفر شعر المرأة ثلاث ضفائر، قرنيها وناصيتها، ويسدل خلفها عند الجمهور، وعند الحنفية يجعل على صدرها ويجعل ضفيرتين فوق القميص تحت اللفافة، لأنه في حال حياتها يجعل وراء ظهرها للزينة، وبعد الموت ربما انتشر الكفن؛ فيجعل على صدرها .

ودليل استحباب ضفر شعر المرأة ماروت أم عطية - رضي الله عنها - « أنهن جعلن رأس بنت رسول الله ﷺ ثلاثة قرون، نقضنه ثم غسلنه ثم جعلنه ثلاثة قرون » ، وورد في رواية أخرى : « أنهن ألقينها خلفها » [1] .

والأصل أن لايفعل في الميت شيء من جنس القرب إلا بإذن من الشرع محقق، فالظاهر إطلاع النبي ﷺ على ما فعلت وتقريره له .

وجاء في رواية : « اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو أكثر من ذلك » [2] .

---

(١) حديث أم عطية : «أنهن جعلن رأس بنت رسول الله ﷺ ثلاثة قرون» .
أخرجه البخارى (الفتح ٣/١٣٢، ١٣٤ ط. السلفية) .

(٢) حديث : « اغسلنها ثلاثا أو خمسا أو أكثر من ذلك» .
أخرجه البخاري (الفتح ٣/١٢٥ - ط السلفية) وأخرجه مسلم بلفظ. «اغسلنها وترا : ثلاثا أو خمسا» .

ثالثا : شعر سائر البدن من الميت كاللحية والشارب وشعر الإبط والعانة :

٦ - ذهب المالكية والشافعية في المختار إلى كراهة حلق غير مايحرم حلقه حال الحياة .

وللشافعية قولان آخران : الأول : أنه لايكره ولايستحب، والثاني : أنه يستحب . ودليل الكراهة ماتقدم في كراهة حلق شعر الرأس .

وذهب المالكية والحنابلة والشافعية في قول إلى أن هذه الشعور إذا أزيلت أنها تصر وتضم مع الميت في كفنه ويدفن .

وللشافعية في قول آخر : أن المستحب أن لاتدفن معه بل توارى في الأرض في غير القبر .

وذهب الحنابلة إلى تحريم حلق اللحية وكذا تحريم حلق شعر العانة من الميت لما فيه من لمس العورة وربما احتاج إلى نظرها، والنظر محرم فلا يرتكب من أجل مندوب، ويسن أخذ شعر الإبط وقص الشارب [1] .

مسح الشعر في الوضوء :

٧ - ذهب المالكية والحنابلة إلى وجوب مسح جميع شعر الرأس في الوضوء وحده من منابت

---

(١) فتح القدير ٢/٧٥ ، الاختيار ١/٩٣ ، حاشية الدسوقي ١/٤١٠ - ٤١١ ، ٤٢٢ - ٤٢٣ ، الزرقاني على خليل ٢/٨٨ ، المجموع ٥/١٧٨ - ١٨٤ ، كشاف القناع ٢/٩٦ - ٩٧ .

الشعـر المعتـاد من المقدم إلى نقرة القفا مع مسح شعر صدغيه فما فوق العظم الناشىء من الوجه .

وذهـب الشـافعية إلى أن الـواجب أن يمسـح مايقع عليه اسم المسح ولو قلّ فلا يتقدر وجوبه بشيء بل يكفي فيه ما يمكن .

وذهب الحنفية إلى أن المفروض في المسح هو مسح مقدار الناصية وهو ربع الرأس [1] لما روى المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ توضأ ومسح على ناصيته وخفيه [2] .

وتفصيل ذلـك وبيان الأدلـة ينـظر في مصطلح (وضوء) .

نقض الوضوء بلمس الشعـر :

٨ ـ ذهب الشافعية في الأصح والحنابلة إلى أن الـوضـوء لاينقض بلمس الشعـر ، لأنه لايقصـد ذلك للشهوة غالبا ، وإنما تحصل اللذة وتثور الشهـوة عنـد التقاء البشرتـين للإحساس . ويستحب أن يتوضأ من لمس الشعر والسن والظفر .

وفي قول عند الشافعية مقابل الأصح : ينتقض وضوء الرجل بلمس شعر المرأة لأن الشعـر له حكم البـدن في الحـل بالنكـاح ووجوب غسله بالجنابة .

وذهب المـالكية إلى أن الـوضوء ينتقض بلمس الشعر لمن يلتذ به إن قصد اللذة من ذكر أو أنثى . ولا ينتقض الوضوء إذا كان اللمس بحائل خفيف أو كثيف .

وذهب الحنفية إلى عدم نقض الـوضـوء بلمس الشعـر بنـاء على أصلهم في عدم النقض بالمس مطلقا مالم ينزل [1] .

غسل شعر الرأس من الجنابة :

٩ ـ اتفق الفقهـاء على وجـوب تعميم شعر الـرأس بالمـاء ظاهـره وباطنه للذكر والأنثى مسـترسلا كان أو غيره . لقوله ﷺ : « إن تحت كل شعرة جنابة فاغسلوا الشعر وانقوا البشر » [2] وعن علي ـ رضي الله عنـه ـ عن النبي ﷺ قال : « من ترك موضع شعرة من جنـابـة لم يغسلهـا فعـل به كذا وكـذا من النـار » [3] قـال علي : فمـن ثـم عاديت رأسي ، وكان يجز شعره .

---

(١) المجموع ١/٣٩٨ ـ ٤٠٠ ، مغني المحتـاج ١/٣٥ ، الشرح الصغـير ١/١٠٩ ، كشـاف القنـاع ١/٩٨ ، فتح القدير ١/١٦ .

(٢) حديث المغيرة بن شعبة«أن النبي ﷺ توضأ ومسح على ناصيته» .
أخرجه مسلم (١/٢٣٠ ـ ط الحلبي) .

(١) المجموع ٢/٢٧ ، كشاف القناع ١/١٢٩ ، فتح القدير ١/٤٨ ، ٤٩ ، الشرح الصغير ١/١٤٣ .

(٢) حديث : « إن تحت كل شعرة جنابة» .
أخرجه أبو داود (١/١٧٢ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث أبي هريرة ثم أعله بضعف أحد رواته .

(٣) حديث : « من ترك موضع شعرة » .
أخرجه أبو داود (١/١٧٣ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) ولمح ابن حجر في التلخيص (١/١٤٢ ـ ط شركة الطباعة=

واختلف الفقهاء في حكم نقض ضفائر المرأة في الغسل :

فذهب الجمهور (الحنفية والمالكية والشافعية) وهو قول بعض الحنابلة : إلى أنه لايجب على المرأة نقض الضفر إن كان الماء يصل إلى أصول شعرها من غير نقض ، فإن لم يصل إلا بالنقض لزمها نقضه، وسواء في ذلك غسل الجنابة وغسل الحيض والنفاس .

واستدلوا بما جاء في بعض ألفاظ حديث أم سلمة أنها قالت للنبي ﷺ : إني امرأة أشد ضفر رأسي؛أفأنقضه للحيض وللجنابة ؟ قال: «لا . إنما يكفيك أن تحثي على رأسك ثلاث حثيات ثم تفيضين عليك الماء فتطهرين»[1]. وهو صريح في نفي الوجوب وقد أخرج مسلم في صحيحه حديث أم سلمة - بثلاثة ألفاظ : إفراد ذكر الجنابة وإفراد ذكر الحيض ، والجمع بينهما .

وحمل الجمهور هذه الأحاديث على وصول الماء إلى أصول الشعر بدليل ماثبت من وجوب إيصال الماء إلى أصول الشعر والبشرة جمعا بين الأدلة .

وذهب الحنابلة إلى وجوب نقض المرأة شعرها في غسل الحيض والنفاس . ولا يجب في غسل الجنابة إذا روت أصول شعرها، ولم يكن مشدودا بخيوط كثيرة تمنع وصول الماء إلى البشرة أو إلى باطن الشعر ، والنقض مطلقا مستحب عن بعض الحنابلة .

واستدل الحنابلة بحديث عائشة رضي الله عنها أن النبي ﷺ قال لها : « إذا كنت حائضا خذي ماءك وسدرك وامتشطي »[1]. ولا يكون المشط إلا في شعر غير مضفور . وللبخاري : « انفضي شعرك وامتشطي »[2].

وعند ابن ماجة : « انفضي شعرك واغتسلي »[3] لأن الأصل وجوب نقض الشعر لتحقق وصول الماء إلى مايجب غسله وعفي عنه في غسل الجنابة لأنه يكثر فيشق نقض الشعر[4].

= الفنية) إلى أن الصواب وقفه على علي بن أبي طالب .

(١) حديث : « إنما يكفيك أن تحثي على رأسك » .
أخرجه مسلم (١/ ٢٥٩ - ٢٦٠ - ط الحلبي) .

---

(١) حديث : « إذا كنت حائضا خذي ماءك وسدرك وامتشطي . . » .
أخرجه البخاري (الفتح ١/ ٤١٧ - ط السلفية) ومسلم (٢/ ٨٧٠ - ط الحلبي) بمعناه دون ذكر السدر .

(٢) حديث : « انفضي شعرك وامتشطي . . » .
أخرجه البخاري (الفتح ١/ ٤١٨ - ط السلفية) من حديث عائشة .

(٣) حديث : « انفضي شعرك واغتسلي » .
أخرجه ابن ماجة (١/ ٢١٠ - ط الحلبي) وقال البوصيري : « هذا إسناد رجاله ثقات ، كذا في مصباح الزجاجة (١/ ١٤١ - ط دار الجنان) .

(٤) حاشية ابن عابدين ١/ ١٠٣ ، فتح القدير ١/ ٥٢ ، المجموع ٢/ ١٨٤ ، الشرح الصغير ١/ ١٦٩ ، كشاف القناع ١/ ١٥٤ .

حلق شعر المولود :

١٠ - ذهب الجمهور (المالكية والشافعية والحنابلة) إلى استحباب حلق شعر رأس المولود يوم السابع ، والتصدق بزنة شعره ذهبا أو فضة عند المالكية والشافعية ، وفضة عند الحنابلة . وإن لم يحلق تحرى وتصدق به . ويكون الحلق بعد ذبح العقيقة .

كما ورد أن النبي ﷺ قال لفاطمة لما ولدت الحسن : « احلقي رأسه وتصدقي بزنة شعره فضة على المساكين والأوفاض » [١] .

وذهب الحنفية إلى أن حلق شعر المولود مباح ، ليس بسنة ولا واجب ، وذلك على أصلهم في أن العقيقة مباحة ، لأن رسول الله ﷺ سئل عن العقيقة فقال : « لايحب الله العقوق . من أحب أن ينسك عن ولده فلينسك عنه . عن الغلام شاتين مكافأتاه وعن الجارية شاة » [٢] وهذا ينفي كون العقيقة سنة لأنه ﷺ علق العق بالمشيئة وهذا أمارة الإباحة .

(١) حديث : « احلقي رأسه وتصدقي بزنة شعره فضه . . » .
أخرجه أحمد (٦/ ٣٩٠ ، ٣٩٢ - ط الميمنية) من حديث أبي رافع بإسنادين يقوي أحدهما الأخر .
والأوفاض : الضعفاء من الناس الفقراء الذين لادفاع بهم (المعجم الوسيط) .

(٢) حديث : « لايحب الله العقوق » .
أخرجه النسائي (٧/ ١٦٣ - ط المكتبة التجارية) والحاكم (٤/ ٢٣٨ - ط دائرة المعارف العثمانية) واللفظ للنسائي ، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي .

وفي قول للحنفية أنها مكروهة لأنها نسخت بالأضحية ، لأن العقيقة كانت من الفضائل فعلها المسلمون في أول الإسلام فنسخت بالأضحية ، فمتى نسخ الفضل لايبقى إلا الكراهة [١] .

النظر إلى شعر المرأة الأجنبية :

١١ - اتفق الفقهاء على عدم جواز النظر إلى شعر المرأة الأجنبية ، كما لايجوز لها إبداؤه للأجانب عنها .

وذهب الحنفية والشافعية إلى القول بعدم جواز النظر إليه وإن كان منفصلا [٢] .

بيع الشعر والصوف :

١٢ - ذهب الجمهور (الحنفية والشافعية والحنابلة) إلى عدم جواز بيع الصوف على ظهر الغنم ، لحديث ابن عباس - رضي الله عنهما - : « نهي أن تباع ثمرة حتى تطعم ولا صوف على ظهر ولا لبن في ضرع » [٣] .

(١) الفتاوى الهندية ٥/ ٣٦٢ ، بدائع الصنائع ٥/ ٦٩ ، المغني ٨/ ٦٤٦ ، ٦٤٧ ، جواهر الإكليل ١/ ٢٢٤ ، القليوبي ٤/ ٢٥٦ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٥/ ٢٣٨ ، فتح القدير ١/ ١٨٢ ، البناية ٩/ ٢٤٧ ، مطالب أولي النهى ٥/ ١٨ ، الروضة ٧/ ٢٦ ، حاشية الدسوقي ١/ ٢١٤ .

(٣) حديث : « نهي أن تباع ثمرة حتى تطعم » .
أخرجه الدارقطني (٣/ ١٤ - ط دار المحاسن) والبيهقي (٥/ ٣٤٠ - ط دائرة المعارف العثمانية) وقال البيهقي : تفرد برفعه عمر بن فروخ ، وليس بالقوي ، ورواه غيره موقوفا . وكذا صوب الدارقطني وقفه على ابن عباس .

ولأن الصوف متصل بالحيوان فلم يجز إفراده بالبيع كأعضائه ، ولأن الصوف على الظهر قبل الجز ليس بمال متقوم في نفسه لأنه بمنزلة وصف الحيوان لقيامه به كسائر أوصافه . وهو غير مقصود من الشاة فلا يفرد بالبيع ، ولأنه ينبت من أسفل ساعة فساعة فيختلط المبيع بغيره بحيث يتعذر التمييز .

وذهب المالكية إلى جواز بيع الصوف على ظهر الغنم بالجزز تحريا ، وبالوزن مع رؤية الغنم على أن لا يتأخر الجز أكثر من نصف شهر [1] .

السلم في الصوف :

١٣ - ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى جواز بيع الصوف سلما بالوزن لا بالجزز وذلك لاختلاف الجزز بالصغر والكبر - عند المالكية -

ويجب بيان نوع الصوف وأصله من ذكر أو أنثى لأن صوف الإناث أنعم ، ويذكر لونه ووقته هل هو خريفي أو ربيعي ، وطوله وقصره ووزنه ولا يقبل إلا منقى من الشعر ونحوه ، كالشوك ويجوز اشتراط غسله [2] .

(١) البناية ٦/٤٠٨ ، فتح القدير ٦/٥٠ ، ٥١ ، كشف الحقائق ٢/١٨ ، حاشية الدسوقي ٣/٢١٥ ، روضة الطالبين ٣/٣٧٣ ، كشاف القناع ٣/١٦٦ .

(٢) الفتاوى الهندية ٣/١٨٥ ، حاشية الدسوقي ٣/٢١٥ ، نهاية المحتاج ٤/٢٠٦ ، كشاف القناع ٣/٢٩٥ .

وصل الشعر :

١٤ - يحرم وصل شعر المرأة بشعر نجس أو بشعر آدمي . سواء في ذلك المزوجة وغيرها وسواء بإذن الزوج أو بغير إذنه . وللحنفية قول بالكراهة .

وذلك لقوله ﷺ : « لعن الله الواصلة والمستوصلة والواشمة والمستوشمة » [1] . واللعنة على الشيء تدل على تحريمه ، وعلة التحريم ما فيه من التدليس والتلبيس بتغير خلق الله .

والواصلة التي تصل شعرها بشعر من امرأة أخرى والتي يوصل شعرها بشعر آخر زورا ، والمستوصلة التي يوصل لها ذلك بطلبها . ولحرمة الانتفاع بشعر الآدمي لكرامته ، والأصل أن يدفن شعره إذا انفصل . أما إذا كان الوصل بغير شعر الآدمي وهو طاهر :

فذهب الشافعية على الصحيح إلى حرمة الوصل إن لم تكن ذات زوج وعلى القول الثاني يكره .

أما إن كانت ذات زوج فثلاثة أوجه :

أصحها : إن وصلت بإذنه جاز وإلا حرم .

(١) حديث : « لعن الله الواصلة والمستوصلة . . . » .
أخرجه البخاري (الفتح ٩/٣٧٤ - ط السلفية) من حديث أبي هريرة .

الثاني : يحرم مطلقا .

الثالث : لا يحرم ولا يكره مطلقا .

وذهب الحنفية وهو المنقول عن أبي يوسف إلى أنه يرخص للمرأة في غير شعر الآدمي تتخذه لتزيد قرونها .

واستدلوا بما روي عن عائشة رضي الله عنها أنها قالت : ليست الواصلة بالتى تعنون ، ولا بأس أن تعرى المرأة عن الشعر فتصل قرنا من قرونها بصوف أسود وإنما الواصلة التى تكون بغيا في شبيبتها فإذا أسنت وصلتها بالقيادة .

وذهب المالكية إلى عدم التفريق في التحريم بين الوصل بالشعر وبغيره .

ويرى الحنابلة تحريم وصل الشعر بشعر سواء كان شعر آدمي أو شعر غيره . وسواء كان بإذن الزوج أو من غير إذنه . قالوا ولا بأس بما تشد به المرأة شعرها أي من غير الشعر للحاجة ، وفي رواية : لاتصل المرأة برأسها الشعر ولا القرامل ولا الصوف [١] .

عقص الشعر :

١٥ ـ اتفق الفقهاء على كراهة عقص الشعر في الصلاة . والعقص هو شد ضفيرة الشعر حول الرأس كما تفعله النساء أو يجمع الشعر فيعقد في مؤخرة الرأس .

وهو مكروه كراهة تنزيه . فلو صلى كذلك فصلاته صحيحة ، وحكى ابن المنذر وجوب الإعادة فيه عن الحسن البصري .

ودليل الكراهة ما رواه مسلم من حديث ابن عباس رضي الله عنهما أنه رأى عبد الله بن الحارث يصلي ورأسه معقوص من ورائه فقام وجعل يحله ، فلما انصرف أقبل إلى ابن عباس فقال : مالك ورأسي ؟ فقال : إني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « إنما مثل هذا مثل الذي يصلي وهو مكتوف » [١] وفي حديث آخر : « ذاك كفل الشيطان » [٢] . ولقوله ﷺ : «أمرت أن أسجد على سبعة أعظم . . ولا نكفت الثياب والشعر » [٣] .

والحكمة في النهي عنه ، أن الشعر يسجد مع المصلي ولهذا مثله في الحديث بالذي يصلي وهو مكتوف .

والجمهور على أن النهي شامل لكل من صلى كذلك ، سواء تعمده للصلاة أم كان

---

(١) حاشية ابن عابدين ٥/٢٣٩ ، قوانين الأحكام الشرعية ص ٤٨٢ ط . دار العلم للملايين ، روضة الطالبين ١/٢٧٦ ، مطالب أولي النهى ١/٩٠ ، كشاف القناع ١/٨١ .

(١) حديث : « إنما مثل هذا مثل الذى يصلي » . أخرجه مسلم (١/٣٥٥ ـ ط الحلبي) .

(٢) حديث : « ذاك كفل الشيطان » أخرجه الترمذي (٢/٢٢٤ ـ ط الحلبي) من حديث أبي رافع وقال : « حديث حسن » .

(٣) حديث : « أمرت أن أسجد على سبعة أعظم » . أخرجه البخاري (الفتح ٢/٢٩٧ ـ ط السلفية) ومسلم (١/٣٥٤ ـ ط الحلبي) من حديث ابن عباس .

كذلك قبل الصلاة وفعلها لمعنى آخر وصلى على حاله بغير ضرورة .

ويدل له إطلاق الأحاديث الصحيحة وهو ظاهر المنقول عن الصحابة ، وقال مالك : النهي مختص بمن فعل ذلك للصلاة [١] .

وينظر بقية الأحكام المتعلقة بالشعر في المصطلحات الآتية :

(إحرام ، وترجيل ، وتنمص ، وإحداد ، واختضاب ، وتسويد ، وحلق ، وديات) .

العناية بشعر الإنسان الحي :

١٦ - يستحب ترجيل الشعر لما رواه أبو هريرة رضي الله عنه مرفوعا : « من كان له شعر فليكرمه » [٢] ولأن النبي ﷺ كان يحب الترجيل فقد روت عائشة رضي الله عنها «أن النبي ﷺ كان يصغي إليّ رأسه وهو مجاور في المسجد فأرجله وأنا حائض» [٣] . ويستحب التيامن في الترجيل ، ويسن الإغباب فيه ، والإكثار منه مكروه . كما يستحب دهن الشعر غباً وهو أن يدهن ثم يترك حتى يجف الدهن ثم يدهن ثانيا ، وقيل يدهن يوما ويوما لا .

وللتفصيل انظر مصطلحات : (إدهان ، وامتشاط ، وترجيل) .

حكم شعر الحيوان الحي :

١٧ - شعر الحيوان الحي إما أن يكون من مأكول اللحم أو غير مأكول اللحم ، وفي كل حالة إما أن يكون متصلا به أو منفصلا عنه .

١٨ - أما شعر الحيوان المأكول اللحم المتصل به إذا أخذ منه وهو حي فقد اتفق الفقهاء على طهارته ، ومثله الصوف والوبر لقوله تعالى : ﴿ ومن أصوافها وأوبارها وأشعارها أثاثا ومتاعا إلى حين ﴾ [١] والآية سيقت للامتنان وهي عامة في المتصل والمنفصل ويأتي الخلاف في شمولها بشعر الحيوان الميت .

وأجمعت الأمة على طهارة شعر الحيوان المأكول اللحم إذا جزّ منه وهو حي لمسيس الحاجة إليه في الملابس والمفارش لأنه ليس في شعر المذكيات كفاية لحاجة الناس .

أما شعر الحيوان المأكول اللحم المنفصل عنه في الحياة :

فذهب الحنفية والمالكية إلى طهارته إذا جزّ

---

(١) بدائع الصنائع ٢١٦/١ ، والمجموع ٩٨/٤ ، الزرقاني على خليل ١٨٠/١ ، كشاف القناع ٣٧٢/١ .

(٢) حديث : « من كان له شعر فليكرمه » .
أخرجه أبو داود (٣٩٥/٤ - تحقيق عزت عبيد دعاس) وحسنه ابن حجر في الفتح (٣٦٨/١ - ط السلفية) .

(٣) حديث عائشة : كان يصغي إليّ رأسه .
أخرجه البخاري (الفتح ٢٧٣/٤ - ط السلفية) .

(١) سورة النحل / ٨٠

جزا . أما إذا نتف فأصوله التى فيها الدسومة نجسة ، والأصل عندهم أن ما أبين من حي فهو ميت إلا إذا كان لاتحله الحياة كالشعر والصوف والوبر فهو طاهر .

واشترط المالكية أن يجز جزا بخلاف ما نتف نتفا فإن أصوله تكون نجسة .

وذهب الشافعية إلى طهارته إذا جز واستدلوا بالآية والإجماع المتقدمين .

قال إمام الحرمين وغيره : وكان القياس نجاسته كسائر أجزاء الحيوان المنفصلة في الحياة ولكن أجمعت الأمة على طهارتها .

أما إذا انفصل شعر الحيوان المأكول اللحم في حياته بنفسه أو نتف ففيه أوجه : الصحيح منها أنه طاهر لأنه في معنى الجز ، وإن كان مكروها ، والجز في الشعر كالذبح في الحيوان ولو ذبح الحيوان لم ينجس ، فكذلك إذا جز شعره .

والثاني : إنه نجس سواء انفصل بنفسه أو بنتف لأن ما أبين من حي فهو ميت .

ودليل هذه القاعدة . حديث أبي واقد الليثي رضي الله عنه قال : قدم النبي ﷺ المدينة وهم يجبون أسنمة الإبل ويقطعون أليات الغنم ، فقال : « ماقطع من البهيمة وهى حية فهي ميتة » [1].

غير أن الشافعية استثنوا الشعر للإجماع على طهارته لحاجة الناس إليه وقصر الحنفية والمالكية الحديث على ماتحله الحياة ولذا استثنوا الشعر .

وعند الحنابلة على المذهب أن شعر كل حيوان كبقية أجزائه ما كان طاهرا فشعره طاهر ، وما كان نجسا فشعره نجس ، لافرق بين حالة الحياة وحالة الموت .

وفي رواية أنه نجس ، وفي أخرى طاهر .

١٩ - أما شعر الحيوان غير مأكول اللحم المتصل به فاتفق الفقهاء على طهارته ، واستثنى الحنفية الخنزير واستثنى الشافعية والحنابلة الخنزير والكلب لأن عينهما نجسة . أما المالكية فذهبوا إلى طهارة الكلب والخنزير لأن الأصل عندهم أن كل حي طاهر .

أما شعر المنفصل عنه ، فعند الحنفية والمالكية هو طاهر بناء على ما تقدم من أن ما أبين من حي فهو ميت ، إلا مالا تحله الحياة كالشعر . ويستثنى من ذلك ما كان نجس العين كالخنزير عند الحنفية . أما المالكية فهو طاهر عندهم إذا جز ، لا إذا نتف . (ينظر في تفصيل أحكام شعر الخنزير مصطلح : خنزير ف ٧) .

---

(١) حديث : ماقطع من البهيمة وهي حية . . » . =

= أخرجه الترمذي (٤/٧٢ - ط الحلبي) وقال : « حديث حسن » والعمل على هذا عند أكثر أهل العلم من أصحاب النبي ﷺ وغيرهم » .

وذهب الشافعية إلى نجاسته لأن ما أبين من حي فهو ميت .

وعند الحنابلة على المذهب أن حكمه حكم بقية أجزائه ، فما كان طاهرا فشعره طاهر وما كان نجسا فشعره نجس [١] .

وفي رواية عن أحمد اختارها ابن تيمية أن شعر الكلب والخنزير وما تولد منهما طاهر [٢] .



(١) حاشية ابن عابدين ١/١٣٨ ، ١٣٩ بدائع الصنائع ١/٦٣ ، المجموع ١/٢٤٠ ، ٢٤١ ، ٢٤٢ ، حاشية الدسوقي ١/٤٩ و٥٣ ، الشرح الصغير ١/٤٢ ، ٤٤ ، ٤٩ ، ٥٠ ، المغني ١/٨١ ، الإنصاف ١/٩٣ .

(٢) الفروع ١/٢٣٥ ، ترجيل الشعر : تسريحه أو تسويته وتزيينه .

شِعْر

التعريف :

١ - الشعر في اللغة : العلم ، يقال : شعر به كنصر وكرم شعرا وشعرا إذا علم به وفطن له وعقله ، وليت شعري : أي ليت علمي . وفي الحديث : « ليت شعري ما صنع فلان » [١] أي ليت علمي حاضر أو محيط بما صنع « وأشعره الأمر وأشعره به : أعلمه إياه ، وفي التنزيل : ﴿ وما يشعركم أنها إذا جاءت لا يؤمنون ﴾ [٢] أي : وما يدريكم .

وغلب الشعر على منظوم القول لشرفه بالوزن والقافية ، وحده : ماتركب تركبا متعاضدا وكان مقفى موزونا مقصودا به ذلك [٣] .

والشعر في الاصطلاح : الكلام المقفى الموزون على سبيل القصد [٤] .

(١) حديث : « ليت شعري ما صنع فلان » أورده ابن الأثير في النهاية في غريب الحديث (٢/٤٨١ - ط الحلبي) .

(٢) سورة الأنعام الآية / ١٠٩ .

(٣) لسان العرب ، القاموس المحيط ، المصباح المنير ، المفردات في غريب القرآن ، التعريفات ، الكليات ٣/٧٧ ، تهذيب الأسماء واللغات ١/١٦٢ من القسم الثاني .

(٤) قواعد الفقه للبركتي .

الألفاظ ذات الصلة :

(١) النثر :

٢ - النثر هو: الكلام المتفرق من غير قافية أو وزن ، من نثر الشيء إذا رماه متفرقا [١].

وهو قسيم الشعر

(٢) السجع :

٣ - السجع هو: تواطؤ الفاصلتين من النثر على حرف واحد في الآخر ، يقال : سجع الرجل كلامه : إذا جعل لكلامه فواصل كقوافي الشعر ولم يكن موزونا [٢] .

(٣) الرجز :

٤ - الرجز ضرب من الشعر عند الأكثر ، سمي بذلك لتقارب أجزائه وقلة حروفه واضطراب اللسان به .

وقيل : إن الرجز ليس بشعر وإنما هو أنصاف أبيات أو أثلاث ، ولأنه يقال لقائله راجز لا شاعر .

(٤) الحداء :

٥ - الحداء - بضم الحاء وكسرها وتخفيف الدال المهملتين ، يمد ويقصر - هو سوق الإبل بضرب مخصوص من الغناء .

والحداء في الغالب إنما يكون بالرجز ، وقد

(١) لسان العرب ، القاموس المحيط ، فتح الباري ٩٠/٩ .

(٢) التعريفات ١٥٦ ، المصباح المنير .

المصباح المنير ، القاموس المحيط ، فتح الباري ٩٠/٩ .

يكون بغيره من الشعر [١].

(٥) الغناء :

٦ - الغناء : التطريب والترنم بالكلام الموزون وغيره ، يكون مصحوبا بالموسيقى وغير مصحوب [٢].

الحكم التكليفي :

اختلف الفقهاء في حكم تعلم الشعر وإنشائه وإنشاده وغير ذلك من مسائله على التفصيل التالي :

أولا : إنشاء الشعر وإنشاده واستماعه :

٧ - قال ابن قدامة : ليس في إباحة الشعر خلاف ، وقد قاله الصحابة والعلماء ، والحاجة تدعو إليه لمعرفة اللغة العربية ، والاستشهاد به في التفسير ، وتعرف معاني كلام الله تعالى وكلام رسوله ﷺ ، ويستدل به أيضا على النسب والتاريخ وأيام العرب ، ويقال : الشعر ديوان العرب [٣].

وقال ابن العربي : الشعر نوع من الكلام ، قال الشافعي : حسنه كحسن الكلام ، وقبيحه كقبيحه : يعني أن الشعر ليس يكره لذاته وإنما يكره لمتضمناته [٤].

(١) المصباح المنير، القاموس المحيط ، فتح الباري ٥٣٨/١٠ .

(٢) المعجم الوسيط .

(٣) المغني ١٧٧/٩ .

(٤) أحكام القرآن ٤٦٢/٣ .

وقال النووي : قال العلماء كافة : الشعر مباح ما لم يكن فيه فحش ونحوه ، وهو كلام حسنه حسن وقبيحه قبيح ، وهذا هو الصواب ، فقد سمع النبي ﷺ الشعر واستنشده ، وأمر به حسان بن ثابت رضي الله تعالى عنه في هجاء المشركين ، وأنشده أصحابه بحضرته في الأسفار وغيرها ، وأنشده الخلفاء وأئمة الصحابة وفضلاء السلف ، ولم ينكره أحد منهم على إطلاقه ، وإنما أنكروا المذموم منه وهو الفحش ونحوه [١] .

وقال ابن حجر : الذي يتحصل من كلام العلماء في حد الشعر الجائز أنه إذا لم يكثر منه في المسجد ، وخلا عن هجو وعن الإغراق في المدح والكذب المحض والغزل الحرام ، فإنه يكون جائزا . ونقل ابن عبد البر الإجماع على جوازه إذا كان كذلك ، واستدل بأحاديث وبما أنشد بحضرة النبي ﷺ أو استنشده ولم ينكره ، وقد جمع ابن سيد الناس مجلدا في أسماء من نقل عنه من الصحابة شيء من شعر متعلق بالنبي ﷺ خاصة ، وأخرج البخاري في الأدب المفرد عن عائشة رضي الله تعالى عنها أنها كانت تقول : الشعر منه حسن ومنه قبيح ، خذ الحسن ودع القبيح ، ولقد رويت من شعر كعب بن مالك أشعارا منها القصيدة فيها أربعون بيتا ، وأخرج البخاري في الأدب المفرد أيضا من حديث عبد الله بن عمرو رضي الله تعالى عنهما مرفوعا بلفظ : « الشعر بمنزلة الكلام ، حسنه كحسن الكلام ، وقبيحه كقبيح الكلام » [١] .

وروى مسلم عن عمرو بن الشريد عن أبيه قال : ردفت رسول الله ﷺ يوما فقال : « هل معك من شعر أمية بن أبي الصلت شيء ؟ » قلت : نعم ، قال : « هيه » فأنشدته بيتا فقال : « هيه » ثم أنشدته بيتا فقال : « هيه » حتى أنشدته مائة بيت» [٢]

قال القرطبي : وفي هذا دليل على حفظ الأشعار والاعتناء بها إذا تضمنت الحكم والمعاني المستحسنة شرعا وطبعا . وإنما استكثر النبي ﷺ من شعر أمية لأنه كان حكيما ، وقال ﷺ : « كاد أمية بن أبي الصلت أن يسلم » [٣] .

---

(١) صحيح مسلم لشرح النووي ١٥/ ١٤ .

(١) فتح الباري ١٠/ ٥٣٩
وحديث عبد الله بن عمرو « الشعر بمنزلة الكلام » أخرجه البخاري في الأدب المفرد (ص ٢٩٩ ـ ط السلفية) وضعف إسناده ابن حجر في الفتح (١٠/ ٥٣٩ ـ ط السلفية) ولكن ذكر له شواهد تقويه .

(٢) حديث عمرو بن الشريد : « ردفت رسول الله ﷺ . . .
أخرجه مسلم (٤/ ١٧٦٧ ـ ط الحلبي) ، وفي رواية : « فلقد كاد يسلم في شعره » .

(٣) تفسير القرطبي ١٣/ ١٤٥ ـ ١٤٦ ، صحيح مسلم لشرح =

ولما أراد العباس رضي الله تعالى عنه مدح رسول الله ﷺ بأبيات من الشعر قال ﷺ له : « هات ، لا يفضض الله فاك » [1].

وعن أنس بن مالك رضي الله تعالى عنه أن النبي ﷺ دخل مكة في عمرة القضاء وعبد الله بن رواحة رضي الله تعالى عنه بين يديه يمشي وهو يقول :

خلوا بنى الكفار عن سبيله
اليوم نضربكم على تنزيله
ضربا يزيل الهام عن مقيله
ويذهل الخليل عن خليله

فقال عمر : يا ابن رواحة ، في حرم الله وبين يدى رسول الله ﷺ ؟

فقال رسول الله ﷺ : « خل عنه ياعمر ، فلهي أسرع فيهم من نضح النبل [2].

وروى أبي بن كعب رضي الله تعالى عنه أن رسول الله ﷺ قال : « إن من الشعر حكمة » [1].

وبهذا يتبين أنه لا وجه لقول من حرم الشعر مطلقا أو قال بكراهته .

٨ - قال جمهور الفقهاء : فقد يكون فرضا كما نقل ابن عابدين عن الشهاب الخفاجي قال : معرفة شعر أهل الجاهلية والمخضرمين (وهم من أدرك الجاهلية والإسلام) والإسلاميين رواية ودراية فرض كفاية عند فقهاء الإسلام ، لأن به تثبت قواعد العربية التي بها يعلم الكتاب والسنة المتوقف على معرفتهما الأحكام التي يتميز بها الحلال من الحرام ، وكلامهم وإن جاز فيه الخطأ في المعاني فلا يجوز فيه الخطأ في الألفاظ وتركيب المباني [2].

٩ - وقد يكون مندوبا ، وذلك إذا تضمن ذكر الله تعالى أو حمده أو الثناء عليه ، أو ذكر رسوله ﷺ أو الصلاة عليه أو مدحه أو الذبّ عنه ، أو ذكر أصحابه أو مدحهم ، أو ذكر المتقين وصفاتهم وأعمالهم ، أو كان في الوعظ والحكم أو التحذير من المعاصي أو الحث على الطاعات ومكارم الأخلاق [3].

= النووي ١١/١٥ وقوله : أراد أمية ابن الصلت أن يسلم هو تتمة الحديث السابق .

(١) تفسير القرطبي ١٤٦/١٣
وحديث : « هات ، لا يفضض الله فاك »
أخرجه الطبراني في معجمه الكبير (٢٥٣/٤ - ط وزارة الأوقاف العراقية) وأورده الهيثمي في المجمع (٢١٧/٨ - ٢١٨ - ط القدسي) وقال : « فيه من لم أعرفهم » .

(٢) حديث : « خل عنه يا عمر ، فلهى أسرع فيهم من نضح النبل »
أخرجه الترمذي (١٣٩/٥ - ط الحلبي) وقال : « حديث حسن صحيح » .

(١) حديث : « إن من الشعر حكمة »
أخرجه البخاري (الفتح ٥٣٧/١٠ - ط السلفية) .

(٢) رد المحتار ٣٢/١

(٣) تفسير القرطبي ١٤٦/١٣ ، فتح الباري ٥٤٧/١٠ ، رد =

١٠ - وقد يكون الشعر حراما إذا كان في لفظه مالا يحل كوصف الخمر المهيج لها ، أوهجاء مسلم أو ذمي ، أو مجاوزة الحد والكذب في الشعر ، بحيث لايمكن حمله على المبالغة ، أو التشبيب بمعين من أمرد أو امرأة غير حليلة ، أو كان مما يقال على الملاهي [١] .

١١ - وقد يكون الشعر مكروها . . وللمذاهب في ذلك تفصيل :

فعند الحنفية أن المكروه من الشعر ما داوم عليه الشخص وجعله صناعة له حتى غلب عليه وشغله عن ذكر الله تعالى وعن العلوم الشرعية ، وما كان من الشعر في وصف الخدود والقدود والشعور ، وكذلك تكره قراءة ما كان فيه ذكر الفسق والخمر [٢] .

وقال المالكية : يكره الإكثار من الشعر غير المحتاج إليه لقلة سلامة فاعله من التجاوز في الكلام لأن غالبه مشتمل على مبالغات ، روى ابن القاسم عن مالك أنه سئل عن إنشاد الشعر فقال : لاتكثرن منه فمن عيبه أن الله تعالى يقول : ﴿ وما علمناه الشعر وما ينبغي له ﴾ [١] . قال : ولقد بلغني أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه كتب إلى أبي موسى الأشعري أن اجمع الشعراء قبلك ، وسلهم عن الشعر ، وهل بقي معهم معرفة ، وأحضر لبيدا ذلك ، فجمعهم فسألهم ، فقالوا : إنا لنعرفه ونقوله ، وسأل لبيدا فقال : ماقلت بيت شعر منذ سمعت الله عز وجل يقول [٢] : ﴿ الٓمٓ ، ذلك الكتاب لا ريب فيه ﴾ [٣] .

وقال ابن العربي : من المذموم في الشعر التكلم من الباطل بما لم يفعله المرء رغبة في تسلية النفس وتحسين القول [٤] .

وقال الشافعية : يكره أن يشبب من حليلته بما حقه الإخفاء ، وذلك ما لم تتأذ بإظهاره وإلا حرم [٥] .

وقال الحنابلة : يكره من الشعر الهجاء والشعر الرقيق الذي يشبب بالنساء [٦] .

١٢ - وقد يكون الشعر مباحا وهو الأصل في الشعر . ونصوص فقهاء المذاهب في ذلك الحكم متقاربة :

قال الحنفية : اليسير من الشعر لا بأس

المحتار ٤٤٣/١ ، نهاية المحتاج ٢٨٣/٨ ، أسنى المطالب ٣٤٦/٤ .

(١) رد المحتار ٣٢/١ - ٣٣ - ٤٤٣ ، الفواكه الدواني ٤٠٨/٢ ، نهاية المحتاج ٢٨٣/٨ ، أسنى المطالب ٣٤٦/٤ ، المغني ١٧٨/٩ .

(٢) رد المحتار ٣٢/١ - ٣٣ - ٤٤٣ .

---

(١) سورة يس / ٦٩ .

(٢) الفواكة الدواني ٤٥٨/٢ ، تفسير القرطبي ٥٤/١٥ .

(٣) سورة البقرة / ١، ٢ .

(٤) أحكام القرآن ٤٦٥/٣ .

(٥) نهاية المحتاج ٢٨٣/٨ ، الجمل ٣٨٢/٥ .

(٦) الفروع ٥٧٥/٦ .

به إذا قصد به إظهار النكات والتشابيه الفائقة والمعاني الرائقة ، وما كان من الشعر في ذكر الأطلال والأزمان والأمم فمباح [١] .

وقال المالكية : يباح إنشاد الشعر وإنشاؤه مالم يكثر منه فيكره ، إلا في الأشعار التي يحتاج إليها في الاستدلال [٢] .

وقال الشافعية : يباح إنشاء الشعر وإنشاده واستماعه - مالم يتضمن ما يمنعه أو يقتضيه اتباعا للسلف والخلف ، ولأنه ﷺ كان له شعراء يصغي إليهم كحسان بن ثابت وعبد الله بن رواحة وكعب بن مالك رضي الله تعالى عنهم ، ولأنه ﷺ استنشد من شعر أمية ابن أبي الصلت مائة بيت ، أي لأن أكثر شعره حِكَم وأمثال وتذكير بالبعث ولهذا قال ﷺ : « كاد أن يسلم » [٣] ولقوله ﷺ : « إن من الشعر حكمة » [٤] .

وقال ابن قدامة : ليس في إباحة الشعر خلاف ، وقد قاله الصحابة والعلماء ، والحاجة تدعو إليه [٥] .

(١) رد المحتار ١/٣٢ - ٤٤٣ .
(٢) الفواكه الدواني ٢/٤٥٨ .
(٣) حديث : « كاد أن يسلم » تقدم تخريجه ف ٧ .
(٤) نهاية المحتاج ٨/٢٨٣ ، أسنى المطالب ٤/٣٤٦ وحديث : « إن من الشعر حكمة » تقدم تخريجه ف/٧ .
(٥) المغني ٩/١٧٧ .

ثانيا : تعلم الشعر :

١٣ - ذهب الفقهاء إلى أن تعلم الشعر مباح إن لم يكن فيه سخف أو حث على شر أو ما يدعو إلى حظره .

وتعلم بعض الشعر يكون فرض كفاية عند الحنفية كما نقل ابن عابدين عن الشهاب الخفاجي [١] .

وقال المالكية : لا نزاع في جواز تعلم الأشعار التي يذكرها المصنفون للاستدلال بها . ونص الحنابلة على أنه يصح استئجار لتعليم نحو شعر مباح ويجوز أخذ الأجر عليه [٢] .

ثالثا : منع النبي ﷺ من الشعر :

١٤ - كان النبي ﷺ أفصح الفصحاء وأبلغ البلغاء ، وقد أوتي ﷺ جوامع الكلم ، ولكنه ﷺ حجب عنه الشعر لما كان الله سبحانه وتعالى قد ادخره له من فصاحة القرآن وإعجازه دلالة على صدقه ، كما سلب عنه الكتابة وأبقاه على حكم الأمية تحقيقا لهذه الحالة وتأكيدا ، ولئلا تدخل الشبهة على من أرسل إليه فيظن أنه قوي على القرآن بما في طبعه من القوة على الشعر [٣] .

(١) رد المحتار ١/٣٢ ، الفواكه الدواني ٢/٤٥٨ ، أسنى المطالب ٤/١٨٢ ، مطالب أولي النهى ٣/٦٤٣ .
(٢) الفواكه الدواني ٢/٤٥٨ ، ومطالب أولى النهى ٣/٦٤٣ .
(٣) أحكام القرآن لابن العربي ٤/٢١، تفسير القرطبي ١٥/٥٥ .

قال الله تعالى : ﴿ وما علمناه الشعر وما ينبغي له إن هو إلا ذكر وقرآن مبين ﴾ [١] .

١٥ - وقد اختلف في جواز تمثل النبي ﷺ بشيء من الشعر وإنشاده حاكيا عن غيره ، والصحيح جوازه لما روى المقدام بن شريح عن أبيه قال : قلت لعائشة : أكان رسول الله ﷺ يتمثل بشيء من الشعر؟ قالت : كان يتمثل بشعر ابن أبي رواحة ويتمثل ويقول (ويأتيك بالأخبار من لم تزود) [٢] .

وروى أبو هريرة رضي الله تعالى عنه عن النبي ﷺ أنه قال : « أصدق كلمة قالها شاعر كلمة لبيد (ألا كل شيء ما خلا الله باطل) [٣] .

وإصابة النبي ﷺ وزن الشعر لايوجب أنه يعلم الشعر ، وكذلك ما يأتي من نثر كلامه مما يدخل في وزن كقوله ﷺ :

« هل أنت إلا أصبع دميت
وفي سبيل الله ما لقيت » [١]

وقول ﷺ :

« أنا النبي لا كذب أنا ابن عبد المطلب » [٢]

فقد يأتي مثل ذلك في آيات القرآن الكريم كقوله تعالى : ﴿ لن تنالوا البر حتى تنفقوا مما تحبون ﴾ [٣] وقوله سبحانه : ﴿ نصر من الله وفتح قريب ﴾ [٤] وقوله عز وجل : ﴿ وجفان كالجواب وقدور راسيات ﴾ [٥] إلى غير ذلك من الآيات ، وليس هذا شعرا ولا في معناه ، ولا يلزم من ذلك أن يكون النبي ﷺ عالما بالشعر ولا شاعرا ، لأن إصابة القافيتين من الرجز وغيره من غير قصد كما قال القرطبي ، لا توجب أن يكون القائل عالما بالشعر ولا يسمى شاعـرا ، كما أن من خاط خيطا لا يكون خياطا ، قال أبو إسحاق الزجاج : معنى ﴿ وما علمناه الشعر ﴾ [٦] وما علمناه أن يشعر ، أي ما جعلناه شاعرا ، وهذا لا

---

(١) سورة يسٓ /٦٩ .

(٢) حديث : « كان يتمثل بشعر ابن رواحة ... » .
أخرجه الترمذي (١٣٩/٥ - ط الحلبي) وفي إسناده مقال ، وأورده الهيثمي في المجمع (١٢٨/٨ - ط القدسي) وعزاه إلى البزار والطبراني من حديث ابن عباس وقال : « رجالها رجال الصحيح » .

(٣) فتح الباري ٥٣٧/١٠ - ٥٤١
وحديث : « أصدق كلمة قالها شاعر ... »
أخرجه البخاري (الفتح ٥٣٧/١٠ - ط السلفية) ومسلم (١٧٦٨/٤ - ط الحلبي) .

(١) حديث : « هل أنت إلا إصبع دميت .... » أخرجه البخاري (الفتح ٥٣٧/١٠ - ط السلفية) من حديث جندب بن عبد الله .

(٢) حديث : « أنا النبي لا كذب ... »
أخرجه البخاري (الفتح ٢٨/٨ - ط السلفية) ومسلم (١٤٠٠/٣ - ط الحلبي) .

(٣) سورة آل عمران /٩٢ .

(٤) سورة الصف /١٣ .

(٥) سورة سبأ /١٣ .

(٦) سورة يس /٦٩ .

يمنع أن ينشد شيئا من الشعر [١].

رابعا : إنشاد الشعر في المسجد :

١٦ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أن العبرة بمضمون الشعر ، فإن كان حسنا جاز إنشاده في المسجد وإلا فلا [٢].

قال ابن عابدين : أخرج الطحاوي في شرح معاني الآثار أنه ﷺ نهى أن تنشد الأشعار في المسجد ، وأن يباع فيه السلع ، وأن يتحلق فيه قبل الصلاة [٣] ثم وفق بينه وبين ما ورد أنه ﷺ وضع لحسان منبرا ينشد عليه الشعر [٤] بحمل الأول على ما كانت قريش تهجوه به ، أو على ما يغلب على المسجد حتى يكون أكثر من فيه متشاغلا به ، وكذلك النهي عن البيع فيه هو الذي يغلب عليه حتى يكون كالسوق لأنه ﷺ لم ينه عليا عن خصف النعل فيه [٥]. مع أنه لو اجتمع الناس لخفيف النعال فيه كره ، فكذلك البيع وإنشاد الشعر والتحلق قبل الصلاة فما غلب عليه كره وما لا فلا . وهذا نظير ما قاله القرطبي [١].

ونقل الزركشي عن النووي أنه ينبغي ألا ينشد في المسجد شعر ليس فيه مدح للإسلام ولا حث على مكارم الأخلاق ونحوه ، فإن كان لغير ذلك حرم .

ونقل عن الصيمرى قوله : كره قوم إنشاد الشعر في المساجد وليس ذلك عندنا بمكروه ، وقد كان حسان بن ثابت ينشد رسول الله ﷺ الشعر في المسجد ، وأنشده كعب بن زهير قصيدتين في المسجد ، ولكن لا يكثر منه في المسجد ، قال الزركشي : والظاهر أن هذا محمول على الشعر المباح أو المرغب في الآخرة أو المتعلق بمدح النبي ﷺ وذكر بعض مناقبه ومآثره لا مطلق الشعر ، وقال الماوردي والروياني : لعل الحديث في المنع من إنشاد الشعر في المسجد محمول على ما فيه هجو أو مدح بغير حق ، فإنه عليه الصلاة والسلام مدح وأنشد مدحه في المسجد فلم يمنع منه ، وقال ابن بطال : لعله كان فيما يتشاغل الناس به حتى يكون

---

(١) تفسير القرطبي ١٥/٥٢-٥٤ .

(٢) تفسير القرطبي ١٢/٢٧٠ - ٢٧١ ، إعلام الساجد بأحكام المساجد ٣٢٣ .

(٣) حديث : « نهى أن تنشد الأشعار في المسجد . . . » أخرجه الترمذي (٢/١٣٩ - ط الحلبي) والطحاوي في شرح معاني الآثار (٤/٣٥٨ - ط مطبعة الأنوار المحمدية) من حديث عبد الله بن عمرو واللفظ للترمذي وقال : « حديث حسن » .

(٤) حديث : « وضع لحسان منبرا ينشد عليه الشعر» أخرجه أبو داود (٥/٢٨٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والترمذي (٥/١٣٨ - ط الحلبي) من حديث عائشة ، وقال الترمذي : « حديث حسن صحيح » .

(٥) حديث خصف علي للنعل =

= أخرجه الطحاوي (٤/٣٥٩-ط مطبعة الأنوار المحمدية) .

(١) رد المحتار ١/٤٤٤ ، وتفسير القرطبي ١٢/٢٧١ .

كل من في المسجد يغلب عليه .

وقال الرحيباني : يباح في المسجد إنشاد شعر مباح [١] لحديث جابر بن سمرة قال : « شهدت النبي ﷺ أكثر من مائة مرة في المسجد وأصحابه يتذاكرون الشعر وأشياء من أمر الجاهلية فربما تبسم معهم » [٢] .

خامسا : إنشاد المحرم الشعر :

١٧ ـ يجوز للمحرم إنشاد الشعر الذي يجوز للحلال إنشاده ، فيجوز للمحرم إنشاد الشعر الذي فيه وصف المرأة بها لا فحش فيه ، وقد روي أن أبا هريرة رضي الله تعالى عنه أنشد مثل ذلك وهو محرم ، وروى أبو العالية قال : كنت أمشي مع ابن عباس وهو محرم ، وهو يرتجز بالإبل ويقول :

وهن يمشين بنا هميا . . . الخ ،

فقلت : أترفث وأنت محرم ؟ قال : إنما الرفث ما روجع به النساء [٣] .

سادسا : كتابة البسملة قبل الشعر :

١٨ ـ ذهب الفقهاء إلى أنه يسن ذكر « بسم الله الرحمن الرحيم » في ابتداء جميع الأفعال والأقوال غير المحظورة ، وفي ابتداء الكتب والرسائل ، عملاً بقول النبي ﷺ : « كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه ببسم الله الرحمن الرحيم فهو أقطع » [١] أي : ناقص غير تام ، فيكون قليل البركة .

ونقل ابن الحكم ـ كما قال البهوتي ـ أن البسملة لا تكتب أمام الشعر ولا معه ، وذكر الشعبي أنهم كانوا يكرهونه ، قال القاضي : لأنه يشوبه الكذب والهجو غالبا [٢] .

سابعا : جعل تعليم الشعر صداقا :

١٩ ـ نص الشافعية على أنه يصح جعل تعليم الشعر للمرأة صداقا لها إذا كان مما يحل تعلمه ، وفيه كلفة بحيث تصح الإجارة عليه ، وقد سئل المزني عن صحة جعل الصداق شعرا فقال : يجوز إن كان مثل قول القائل وهو أبو الدرداء الأنصارى :

يريد المرء أن يعطى مناه
ويأبى الله إلا ما أرادا

يقول المرء فائدتي وزادي
وتقوى الله أعظم ما استفادا [٣]

---

(١) إعلام الساجد بأحكام المساجد ٣٢٢ ـ ٣٢٣ ، ومطالب أولي النهى ٢/٢٥٨ .

(٢) حديث جابر بن سمرة : « شهدت رسول الله أكثر من مائة مرة . . . »
أخرجه أحمد (٥/٩١ ـ ط الحلبي) ، وأخرجه كذلك الترمذي (٥/١٤٠ ـ ط الحلبي) وقال : « حديث حسن صحيح » .

(٣) رد المحتار ١/٣٢ ، فضل الله الصمد في توضيح الأدب المفرد ٢/٣١٩ .

---

(١) حديث : « كل أمر ذي بال لا يبدأ فيه ببسم الله الرحمن الرحيم . . . »
أخرجه السبكي في الطبقات الكبرى (١/٦ ـ نشر دار المعرفة) من حديث أبي هريرة ، وفي إسناده اضطراب .

(٢) كشاف القناع ١/٣٣٦ .

(٣) حاشية القليوبي على شرح المنهاج ٣/٢٨٨ .

ثامنا : القطع بسرقة كتب الشعر :

٢٠ ـ نص الشافعية على أنه يجب القطع بسرقة كتب التفسير والحديث والفقه ، وكذا الشعر الذي يحل الانتفاع به ، وما لا يحل الانتفاع به لا قطع فيه ، إلا أن يبلغ الجلد والقرطاس نصابا [1] وللتفصيل(ر: سرقة) .

تاسعا : الحد بما جاء في الشعر :

٢١ ـ اختلف الفقهاء فيما إذا اعترف الشاعر في شعره بما يوجب حدا ، هل يقام عليه الحد أم لا ؟

فذهب البعض إلى أنه يقام عليه الحد بهذا الاعتراف .

وذهب الأكثرون إلى أنه لا يقام عليه الحد ، لأن الشاعر قد يبالغ في شعره حتى تصل به المبالغة إلى الكذب وادعاء ما لم يحدث ونسبته إلى نفسه ، رغبة في تسلية النفس وتحسين القول ، روى علي بن أبي طلحة عن ابن عباس رضي الله تعالى عنهما في قوله تعالى : ﴿ والشعراء يتبعهم الغاوون ، ألم تر أنهم في كل واد يهيمون ، وأنهم يقولون ما لا يفعلون ﴾ [2] قال : أكثر قولهم يكذبون فيه ، وعقب ابن كثير بقوله : وهذا الذي قاله ابن عباس رضي الله عنه هو الواقع في نفس الأمر ، فإن الشعراء يتبجحون بأقوال وأفعال لم تصدر منهم ولا عنهم ، فيتكثرون بما ليس لهم . وقد روي عن عمر رضي الله عنه أنه سمع شعرا للنعمان بن عدي بن نضلة يعترف فيه بشرب الخمر ، فلما سأله قال : والله يا أمير المؤمنين ماشربتها قط ، وما فعلت شيئا مما قلت ، وما ذاك الشعر إلا فضلة من القول ، وشيء طفح على لساني ، فقال عمر : أظن ذلك ، ولكن والله لاتعمل لي عملا أبدا وقد قلت ما قلت ، فلم يذكر أنه حده على الشراب وقد ضمنه شعره ، لأن الشعراء يقولون ما لا يفعلون ولكن ذمه عمر رضي الله عنه ولامه على ذلك وعزله به [1] .

عاشرا : التكسب بالشعر :

٢٢ ـ ذهب بعض الفقهاء إلى أن التكسب بالشعر من المكاسب الخبيثة ومن السحت الحرام ، لأن مايدفع إلى الشاعر إنما يدفع إليه عادة لقطع لسانه ، والشاعر الذي يكون كذلك إنما هو شيطان لما في الصحيح عن أبي سعيد الخدري - رضي الله تعالى عنه - قال : بينا نحن نسير مع رسول الله ﷺ إذ عرض شاعر ينشد ، فقال ﷺ : «خذوا الشيطان» [2] . قال القرطبي : قال علماؤنا :

---

(١) روضة الطالبين ١٠/١٢١

(٢) سورة الشعراء /٢٢٤ ـ ٢٢٦ .

(١) تفسير ابن كثير ٣/٣٥٣ ـ ٣٥٤ ، تفسير ابن العربي ٣/٤٦٥ ، تفسير القرطبي ١٣/١٤٩ .

(٢) حديث : « خذوا الشيطان» .

=

وإنما فعل النبي ﷺ هذا مع هذا الشاعر لما علم من حاله ، فلعله كان ممن قد عرف أنه اتخذ الشعر طريقا للتكسب ، فيفرط في المدح إذا أعطي ، وفي الهجو والذم إذا منع ، فيؤذي الناس في أموالهم وأعراضهم ، ولا خلاف في أن من كان على مثل هذه الحالة ، فكل ما يكتسبه بالشعر حرام ، وكل ما يقوله من ذلك حرام عليه ، ولا يحل الإصغاء إليه ، بل يجب الإنكار عليه ، فإن لم يمكن ذلك لمن خاف من لسانه قطعا تعين عليه أن يداريه بما استطاع ، ويدافعه بما أمكن ، ولا يحل له أن يعطى شيئا ابتداء ، لأن ذلك عون على المعصية ، فإن لم يجد بدا من ذلك أعطاه بنية وقاية العرض ، فما وقى به المرء عرضه كتب له به صدقة [1] .

وذكر الحصكفي الحنفي أن النبي ﷺ كان يعطي الشعراء ولمن يخاف لسانه ، ونقل ابن عابدين ما ورد عن عكرمة مرسلا قال : أتى شاعر النبي ﷺ فقال : « يابلال ، اقطع عني لسانه » فأعطاه أربعين درهما [2] .

= أخرجه مسلم (٤/١٧٦٩ ـ ١٧٧٠ ـ ط الحلبي) .

(١) رد المحتار ٥/٢٧٢ ، تفسير القرطبي ١٣/١٥٠ .

(٢) رد المحتار ٥/٢٧٢

وحديث : « يا بلال اقطع لسانه ... » .

أخرجه الخطابي في الغريب (٢/١٧٠ ـ ط مركز البحث العلمي ـ مكة المكرمة) والبيهقي في سننه (١٠/٢٤١ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) ولإرساله قال البيهقي : « هذا منقطع » .

وقال عدي بن أرطاة لعمر بن عبد العزيز: يا أمير المؤمنين ، إن رسول الله ﷺ قد مدح وأعطى وفيه أسوة لكل مسلم ، قال : ومن مدحه ؟ قال : عباس بن مرداس السلمي فكساه حلة قطع بها لسانه [1] .

أما الشاعر الذى يؤمن شره ، ولا يعطى مداراة له وقطعا للسانه ، فالظاهر أن ما يدفع إليه حلال ، لأن النبي ﷺ دفع بردته إلى كعب بن زهير رضي الله عنه لما امتدحه بقصيدته المشهورة [2] .

ولما استخلف عمر بن عبد العزيز وفد عليه الشعراء كما كانوا يفدون على الخلفاء قبله ، فأقاموا ببابه أياما لا يأذن لهم بالدخول ، حتى قدم عدي بن أرطاة وكانت له مكانة ، فتعرض له جرير وطلب شفاعته ، فاستأذن لهم ، فلم يأذن إلا لجرير ، فلما مثل بين يديه قال له : اتق الله ولا تقل إلا حقا ، فمدحه بأبيات ، فقال عمر : يا جرير ، لقد وليت هذا الأمر وما

(١) تفسير ابن العربي ٣/٤٦٦

وحديث عدي بن أرطاة ....

أخرجه ابن قدامة في « إثبات صفة العلو » (ص ٦٩ ـ ط الدار السلفية) وضعفه الذهبي في « العلو للعلي الغفار » (ص ٤٢ ـ ط المكتبة السلفية) .

(٢) رد المحتار ٥/٢٧٢

وحديث أن النبي ﷺ دفع بردته إلى كعب بن زهير .....

أورده ابن حجر في الإصابة (٣/٢٩٥ ـ ط مطبعة السعادة) إلى ابن قانع .

أملك إلا ثلاثمائة ، فمائة أخذها عبد الله ، ومائة أخذتها أم عبد الله ، ياغلام : أعطه المائة الثالثة ، فقال : والله يا أمير المؤمنين ، إنها لأحب مال كسبته إلي [(١)].

حادي عشر : شهادة الشاعر :

٢٣ - ذهب الفقهاء إلى قبول شهادة الشاعر الذي لا يرتكب بشعره محرما أو ما يخل بالمروءة ، فإن ارتكب ذلك ففي رد شهادته به تفصيل :

قال الحنفية : من كثر إنشاده وإنشاؤه حين تنزل به مهماته ويجعله مكسبة له تنقص مروءته وترد شهادته .

وقال المالكية : تجوز شهادة الشاعر إذا كان لا يرتكب بشعره محرما ، وإلا امتنعت شهادته [(٢)].

وقال الشافعية : ترد شهادة الشاعر إذا هجا معصوم الدم - مسلما أو ذميا - بما يفسق به ، بخلاف الحربي فلا يحرم هجاؤه ، ولا ترد شهادة الشاعر بهجائه ، لأن النبي ﷺ أمر حسان بن ثابت رضي الله تعالى عنه بهجاء الكفار [(٣)].

وظاهر كلامهم جواز هجو الكافر المعين ، وعليه فيفارق عدم جواز لعنه بأن اللعن الإبعاد من الخير ، ولا عِنه لا يتحقق بعده منه فقد يختم له بخير .

وقالوا : ترد شهادة الشاعر كذلك إذا شبب بامرأة معينة بأن ذكر صفاتها من نحو حسن وطول وغير ذلك ، لما فيه من الإيذاء ، وكذلك إذا هتك الستر ووصف أعضاءها الباطنة بما حقه الإخفاء ولو كان من حليلته ، ومثل المرأة في ذلك الأمرد إذا صرح بعشقه ، فإذا لم يعين الشاعر من يشبب به فلا إثم عليه لأن التشبيب صنعة ، وغرض الشاعر تحسين صنعته لا تحقيق المذكور فيه ، فليس ذكر شخص مجهول تعيينا ، لكن بعض الشعراء قد ينصبون قرائن تدل على تعيين المشبب به ، وعندئذ يكون التشبيب مع هذه القرائن في حكم التشبيب بمعين .

وترد شهادة الشاعر كذلك عند الشافعية إن أكثر الكذب في شعره ، وجاوز في ذلك الحد بحيث لا يمكن حمله على المبالغة [(١)].

وقال الحنابلة : الشاعر متى كان يهجو المسلمين أو يمدح بالكذب أو يقذف مسلما أو مسلمة فإن شهادته ترد ، وسواء قذف بنفسه أو بغيره [(٢)].

---

(١) أحكام القرآن لابن العربي ٣/٤٦٥ - ٤٦٨ .

(٢) رد المحتار ١/٤٤٣ ، والفواكه الدواني ٢/٤٥٨ .

(٣) حديث : « أمر حسان بن ثابت بهجاء الكفار» أخرجه البخاري (الفتح ١٠/٥٤٦ - ط السلفية) ومسلم (٤/١٩٣٣ - ط الحلبي) من حديث البراء بن عازب .

---

(١) نهاية المحتاج ٨/٢٨٣ ، الجمل ٥/٣٨٢ ، أسنى المطالب ٤/٣٤٦ ، فتح الباري ١٠/٥٤٦ .

(٢) المغني ٩/١٧٨ .

شَعِير

التعريف :

١ - الشعير جنس من الحبوب معروف واحدته شعيرة ، وهو نبات عشبي حبي دون البر في الغذاء [١] .

الأحكام التي تتعلق بالشعير :

وردت أحكام الشعير في مواضع مختلفة منها :

الزكاة :

٢ - فالشعير من الحبوب التى تجب فيها الزكاة إذا بلغت النصاب بإجماع الفقهاء لقوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا أنفقوا من طيبات ما كسبتم ومما أخرجنا لكم من الأرض﴾ [٢] . الآية .

ولقوله ﷺ : «لا تأخذوا الصدقة إلا من هذه الأربعة : الشعير والحنطة والزبيب والتمر» [٣] .

---

(١) لسان العرب والمصباح المنير ، والمعجم الوسيط ، والبدائع ٧٢/٢ .

(٢) سورة البقرة /٢٦٧ .

(٣) حديث : «لا تأخذوا الصدقة إلا من هذه الأربعة . . .» . أخرجه الحاكم (٤٠١/١ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) من =

ولقوله ﷺ : «فيما سقت السماء والعيون أو كان عَثَرِيًّا العشر وما سقي بالنضح نصف العشر» [١] .

وذهب الشافعية إلى أنه لا يضم الشعير إلى غيره كالقمح والسلت لأنها أجناس ثلاثة مختلفة .

وذهب الحنابلة إلى أن الشعير يضم إلى السلت ، فهما عندهم صنفان من جنس واحد ولا يضم إلى القمح .

وذهب المالكية إلى أن الشعير والسّلت والقمح أصناف من جنس واحد يضم بعضه إلى بعض لتكميل النصاب [٢] .

ولا ترد هذه المسألة عند أبي حنيفة لأنه لا يشترط النصاب في الخارج من الأرض لوجوب الزكاة ، بل تجب الزكاة عنده في القليل والكثير [٣] .

راجع التفاصيل في مصطلح «زكاة ف ١٠٢» .

= حديث أبي موسى ومعاذ ، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي .

(١) حديث : «فيما سقت السماء والعيون . . .» . أخرجه البخاري (الفتح ٣٤٧/٣ ـ ط السلفية) من حديث ابن عمر .

(٢) جواهر الإكليل ١٢٤/١ ، القوانين الفقهية ص ١١٠ ، المغني لابن قدامة ٦٩٠/٢ ، مغني المحتاج ٢٨١/١ ، البدائع ٦٠/٢ .

(٣) الاختيار ١١٣/١ ، والزيلعي ٢٩١/١ .

زكاة الفطـر :

٣ ـ أجمع الفقهاء على أن الشعير من الحبوب التي يجوز أن تؤدى منهـا زكـاة الفـطر وأن المجـزىء منـه هو صاع [1] لقول ابن عمر رضي الله عنهما : فرض رسول الله ﷺ زكاة الفطر صاعا من تمر أو صاعا من شعير على العبد والحر والذكر والأنثى والصغير والكبير من المسلمين ، وأمر بها أن تؤدى قبل خروج الناس إلى الصلاة [2] .

وعن أبي سعيد الخـدري رضي الله عنـه قال : كنا نعطيها ـ أي زكاة الفطر ـ في زمان النبي ﷺ صاعا من طعام ، أو صاعا من تمر أو صاعا من شعير ، أو صاعا من زبيب . الحديث [3] .

راجع التفصيل في مصطلح : (زكاة الفطر) .

في البيـع :

٤ ـ لا يدخـل في مطلق بيع الأرض ما هو مزروع فيها من الشعير والحنطة وسائر الزروع وكـل ما يؤخذ بقلع أو قطع دفعة واحدة ، لأنه ليس للدوام فأشبه منقولات الدار [1] .

التفاصيل في مصطلح : (بيع) .

في الربـا :

٥ ـ أجمع الفقهاء على أن الشعير من الأموال الـربـوية التي يحرم بيعهـا بمثلها إلا بشرط الحلول والمماثلة والتقابض قبل التفرق .

وإذا بيعت بجنس آخر كالتمر مثلا جاز التفـاضل ، واشترط الحلول والتقابض قبل التعرف لقوله ﷺ : «الذهب بالذهب مثلاً بمثل ، والفضة بالفضة مثلاً بمثل ، والتمر بالتمـر مثـلاً بمثـل ، والبر بالبر مثلاً بمثل والملح بالملح مثـلاً بمثل ، والشعير بالشعير مثلاً بمثل ، فمن زاد أو ازداد فقد أربى ، بيعوا الذهب بالفضة كيف شئتم يداً بيد ، وبيعـوا الـبر بالتمـر كيف شئتم يداً بيد ، وبيعوا الشعير بالتمر كيف شئتم يداً بيد» [2] .

وقـوله ﷺ : «الذهب بالذهب والفضة بالفضـة ، والـبر بالبر ، والشعير بالشعير ،

---

(١) سبـل السـلام ٢/١٣٧ ، البـدائع ٢/٧٢ ، والقوانين الفقهية ص ٧٧ ، مغني المحتاج ١/٤٠٥ ، المغني لابن قدامة ٣/٥٧ .

(٢) حديث : «فرض رسول الله زكاة الفطر صاعا من تمر . .» أخرجه البخاري (الفتح ٣/٣٦٧ ـ ط السلفية) ومسلم (٢/٦٧٧ ـ ط الحلبي) .

(٣) حديث أبي سعيد : كنا نعطيها في زمان النبي ﷺ . أخرجه البخاري (الفتح ٣/٣٧٢ ـ ط السلفية) ومسلم (٢/٦٧٨ ـ ط الحلبي) .

(١) مغني المحتاج ٢/٨١ ، جواهر الإكليل ٢/٥٩ ، المغني لابن قدامة ٤/٨٤ .

(٢) حديث : «الذهب بالذهب مثلا بمثل . . .» . أخرجه الترمذي (٣/٥٣٢ ـ ط الحلبي) من حديث عبادة ابن الصامت ، وقال : «حسن صحيح» .

والتمر بالتمر ، والملح بالملح مثلا بمثل سواء بسواء يدا بيد ، فإذا اختلفت هذه الأجناس فبيعوا كيف شئتم إذا كان يدا بيد»[1].

(١) مغني المحتاج ٢٢/٢ ، المغني لابن قدامة ٤/٤ ، البدائع ١٩٥/٥ ، جواهر الإكليل ١٧/٢ .
وحديث : «الذهب بالذهب . . .» .
أخرجه مسلم (١٢١١/٣ ـ ط الحلبي) من حديث عبادة ابن الصامت .

شِغَار

التعريف :

١ ـ الشغار بكسر الشين لغة : نكاح كان في الجاهلية ، وهو أن يزوج الرجل آخر امرأة على أن يزوجه الآخر امرأة أخرى بغير مهر ، وصداق كل منهما بضع الأخرى . وخص بعضهم به القرائب فقال : لا يكون الشغار إلا أن تنكحه وليتك على أن ينكحك وليته .

وسمى شغارا إما تشبيها برفع الكلب رجله ليبول في القبح ، قال الأصمعي : الشغار الرفع فكأن كل واحد منهما رفع رجله للآخر عما يريد . وإما لخلوه عن المهر لقولهم : شغر البلد إذا خلا. وشاغر الرجل الرجل أي زوج كل واحد صاحبه حريمته ، على أن بضع كل واحدة صداق الأخرى ولا مهر سوى ذلك ، وكان سائغا فى الجاهلية[1] .

والشغار في الاصطلاح : أن يزوج الرجل وليته على أن يزوجه الآخر وليته على أن مهر كل منهما بضع الأخرى .

(١) لسان العرب ، والقاموس المحيط ، والمصباح المنير والمعجم الوسيط .

وهذا تعريفه عند الحنفية والمالكية والشافعية .

وقال الحنابلة : الشغار أن يزوجه وليته على أن يزوجه الآخر وليته ، سواء جعلا مهر كل منهما بضع الأخرى أو سكت عن المهر أو شرطا نفيه .

وقال المالكية : صريح الشغار أن يقول زوجتك موليتي على أن تزوجني موليتك ولا يذكران مهرا . وأما إن قال : زوجتك موليتي بكذا مهرا على أن تزوجني وليتك بكذا فهو وجه الشغار ، لأنه شغار من وجه دون وجه ، فمن حيث إنه سمى لكل واحدة مهرا فليس بشغار ، ومن حيث إنه شرط تزوج إحداهما بالأخرى فهو شغار [1] .

الحكم التكليفي :

أورد الفقهاء أحكام الشغار في كتاب النكاح والصداق ولكونهم اختلفوا في تعريفه الشرعي وبعض مسائله التفصيلية ، نذكر تفصيل الحكم في كل مذهب على حدة .

٢ - ذهب الحنفية إلى أن نكاح الشغار - هو أن يزوج الرجل الرجل حريمته على أن يزوجه الآخر حريمته - ابنته أو أخته أو أمته على أن يكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى

(١) المغني لابن قدامة ٦ / ٦٤١ ، والبدائع ٢ / ٢٧٨ ، ومغني المحتاج ٣ / ١٤٣ ، وجواهر الإكليل ١ / ٣١١ .

ولا مهر سوى ذلك -

وهذا النكاح عندهم صحيح لأنه مؤبد أدخل فيه شرط فاسد - وهو أن يكون بضع كل واحدة منهما صداقا للأخرى - والنكاح لا يبطله الشروط الفاسدة ، كما إذا تزوجها على أن يطلقها أو نحو ذلك . وتكون التسمية فاسدة لأن البضع ليس بمال ، فلا يصلح أن يكون مهرا بل يجب لكل منهما مهر المثل كما لو تزوجها على خمر أو خنزير .

والنهي عن نكاح الشغار الوارد في حديث ابن عمر رضي الله عنهما : « نهى رسول الله ﷺ أن تنكح المرأة بالمرأة ليس لواحدة منهما مهر » [1] محمول عندهم على الكراهة . ويشترط لتحقق معنى الشغار أن يجعل بضع كل منهما صداقا للأخرى مع القبول من الآخر فإن لم يقل ذلك ولا معناه ، بل قال : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ، فقبل الآخر أو قال : على أن يكون بضع بنتي صداقا لبنتك فلم يقبل الآخر بل زوجه بنته ولم يجعلها صداقا ، لم يكن شغارا وإنما نكاحا صحيحا باتفاق [2] .

(١) حديث : « نهى أن تنكح المرأة بالمرأة » أورده بهذا اللفظ الكاساني في البدائع (٢ / ٢٧٨ - ط الحلبي) ولم يعزه إلى أي مصدر ، وسيأتي بلفظ مشهور ويأتي تخريجه .

(٢) البدائع ٢ / ٢٧٨ ، حاشية ابن عابدين ٢ / ٣٣٢ ، ٢٩٢ ، والمغني ٦ / ٦٤١ .

٣ ـ وذهب المالكية إلى أن صريح الشغار هو أن يقول الرجل للرجل: زوجني بنتك أو أختك أو أمتك على أن أزوجك بنتي أو أختي مع جعل تزويج كل منهما مهرا للأخرى . فهذا النكاح فاسد يفسخ قبل البناء وبعد البناء أبدا ، ولكل منهما بعد البناء صداق المثل .

وإن سمى لواحدة منهما مهراً دون الأخرى كأن يقول : زوجني بنتك بمائة من الدنانير مثلا على أن أزوجك بنتي فالنكاح فاسد أيضا ، ويفسخ نكاح من لم يسم لها صداق قبل البناء وبعد البناء أبدا ، ولها بعد البناء صداق مثلها . أما المسمى لها الصداق فيفسخ نكاحها قبل البناء ويمضى بعد البناء بالأكثر من المسمى وصداق المثل ، ويسمى هذا النكاح بمركب الشغار عندهم . وإن سمى لكل واحدة منهما مهرا كأن يقول : زوجني بنتك ونحوها بمائة من الدنانير مثلا على شرط أن أزوجك ابنتي أو أختي أو أَمَتي بمائة من الدنانير أو أقل أو أكثر فهذا النكاح فاسد كذلك يفسخ قبل البناء ويمضي بعد البناء بالأكثر من المسمى وصداق المثل ، ويسمى هذا النوع وجه ا لشغار [1] .

٤ ـ وذهب الشافعية إلى أن نكاح الشغار ـ وهو قول الرجل للرجل زوجتك بنتي أو نحوها على أن تزوجني بنتك أو نحوها وبضع كل واحدة منهما صداق الأخرى ، فيقبل الآخر ذلك كأن يقول : تزوجت بنتك وزوجتك بنتي على ما ذكرت ـ باطل للحديث الصحيح عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : « نهى رسول الله ﷺ عن الشغار ، والشغار أن يزوج الرجل ابنته على أن يزوجه الآخر ابنته وليس بينهما صداق » [1] ولمعنى الاشتراك في البضع حيث جعله مورد النكاح وصداقا لأخرى فأشبه تزويج واحدة من اثنين .

وقال بعضهم : علة البطلان ، التعليق والتوقف الموجود في هذا النكاح ، وقيل لخلوه من المهر . فإن لم يجعل البضع صداقا بأن سكت عنه كقوله : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك فالأصح الصحة لعدم التشريك في البضع ولأنه ليس فيه إلا شرط عقد في عقد وذلك لا يفسد النكاح ويجب لكل واحدة منهما مهر المثل .

فعلى هذا لو قال : زوجتك ابنتى على أن تزوجني ابنتك وبضع ابنتك صداق لابنتي صح النكاح الأول وبطل النكاح الثاني .

(١) جواهر الإكليل ١ / ٣١١ ، مواهب الجليل ٣ / ٥١٢ .

(١) حديث ابن عمر : نهي عن الشغار أخرجه البخاري (الفتح ٩ / ١٦٢ ـ ط السلفية) ومسلم (٢/١٠٣٤ ـ ط الحلبي) .

ولـو قال : وبضع ابنتي صداق لابنتك بطل الأول وصح الثاني .

وعلى الوجه الثاني ـ وهو مقابل الأصح ـ لا يصح النكاح في الصور المذكورة لما فيها من معنى التعليق والتوقف .

ولـو سميا مالا مع جعل البضع صداقا كأن يقول : زوجتك بنتي بألف من الدنانير مثـلا على أن تزوجني بنتـك بألف كذلـك وبضع كل واحدة منهما صداق للأخرى ، أو يقـول : زوجتك بنتي على أن تزوجني بنتك ويكـون بضع كل واحدة منهما وألف درهم صداقـا للأخـرى ، فالأصـح بطلان هذا النكاح لوجود التشريك فيه .

وكـذا إذا سميـا لإحـداهمـا مهـرا دون الأخرى كأن يقول : زوجتك بنتي بألف درهم على أن تزوجني بنتك وبضع كل واحدة منهما صداق للأخرى فالأصح بطلانه أيضا لوجود معنى التشريك فيه .

وعلى الوجه الثاني ـ وهو مقابل الأصح ـ يصح النكاح في هذه الصور لأنه ليس على تفسير صورة الشغار ولأنه لم يخل عن المهر .

ومن صور الشغـار عنـد الشـافعية أن يقــول : زوجتـك ابنتي على أن تزوج ابني ابنتك وبضع كل واحدة منهما صداق الأخرى .

ولو طلق امرأته على أن يزوجه زيد مثلا ابنته وصداق البنت بضع المطلقة فزوجه على ذلـك ، صح التزويج بمهر المثل ، لفساد المسمى ووقع الطلاق على المطلقة [1] .

٥ ـ وذهب الحنابلة إلى أن الشغار ـ وهو أن يزوج شخص وليته لشخص على أن يزوجه الآخـر وليته ـ نكاح فاسد ، لما ورد من أن النبي ﷺ نهى عن الشغار [2] . ولقوله ﷺ : « لا جلب ولا جنـب ولا شغـار في الإسـلام » [3] . ولأنـه جعـل كل واحد من العقدين سلفا في الآخر فلم يصح ، كما لو قال : بعني ثوبك على أن أبيعك ثوبي .

ولا فرق بين أن يقول : على أن صداق كل واحـدة منهما بضع الأخرى ، أو لم يقل ذلك بأن سكتا عنه أو شرطا نفيه ، وكذا لو جعلا بضع كل واحدة منهما ودراهم معلومة مهرا للأخـرى .

قالوا : وليس فساد نكاح الشغار من قبل التسمية الفاسدة ، بل من جهة أنه وقفه على

---

(١) مغني المحتاج ٣ / ١٤٢ ، روضة الطالبين ٧ / ٤١ ـ ٤٠ .

(٢) حديث : «نهى عن الشغار» تقدم تخريجه ف ٤ .

(٣) حديث : « لا جلب ولا جنب ولا .... » أخـرجـه النسائي (٦ / ١١١ ـ ط المكتبة التجارية) من حديث عمران بن حصين ، وفي إسناده مقال . ولكن أورد له ابن حجر شواهد تقويه (التلخيص الحبير) (٢ / ١٦١ ، ١٦٢ ـ ط شركة الطباعة الفنية) .

شرط فاسد ، أو لأنه شرط تمليك البضع لغير الزوج ، فإنه جعل تزويجه إياها مهرا للأخرى فكأنه ملكه إياها بشرط انتزاعها منه .

فإن سميا لكل واحدة منهما مهراً كأن يقول : زوجتك ابنتي على أن تزوجني ابنتك ومهر كل واحدة منهما مائة درهم ، أو قال: ومهر ابنتي مائة ومهر ابنتك خمسون درهما أو أقل أو أكثر صح النكاح بالمسمى ، وهو المذهب كما هو منصوص الإمام أحمد ، لأنه لم يحصل في هذا العقد تشريك وإنما حصل فيه شرط فاسد فبطل الشرط وصح النكاح .

وقال الخرقي : هذا النكاح باطل للنهي الذي ورد في الحديث الصحيح عن نكاح الشغار ، ولأنه شرط نكاح إحداهما لنكاح الأخرى فلم يصح .

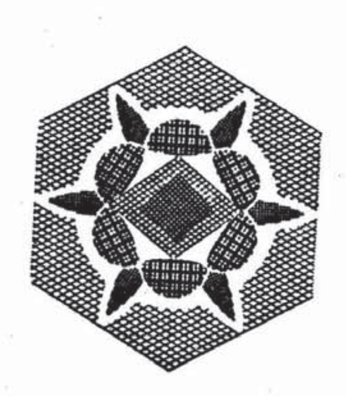
وإن سميا المهر لإحداهما دون الأخرى صح نكاح من سمي لها ، لأن في نكاحها تسمية وشرط . فصحت التسمية وبطل الشرط دون الأخرى التي لم يسم لها مهر فنكاحها باطل ، لأنه خلا من صداق سوى نكاح الأخرى .

وقال أبو بكر بفساد النكاحين لأنه فسد في إحداهما فيفسد في الأخرى [1] .

راجع التفاصيل في مصطلح (نكاح ، مهر ، صداق) .

شَغْل الذِّمَّة

انظر : اشتغال الذمة ، ذمة



---

(١) المغني لابن قدامة ٦ / ٦٤١ ، وكشاف القناع ٥ / ٩٢ .

شَفَاعة

التعريـف :

١ ـ الشفاعة في اللغة : من شفع إلى فلان في الأمـر شفعـا ، وشفـاعة طالبه بوسيلة ، أو ذمام [١]. أو هي التوسط بالقول في وصول شخص إلى منفعة دنيوية أو أخروية أو إلى خلاص من مضرّة كذلك [٢]. أو هي سؤال التجاوز عن الذنوب من الذي وقع الجناية في حقه [٣]. واستشفع بفلان إليّ طلب منه أن يشفع ، فشفّعته أي قبلت شفاعته [٤].

٢ ـ والشفاعـة إن كانت إلى الله فهي الدعاء للمشفوع له ، ففي الأثر : « من دعا لأخيه بظهر الغيب قال الملك الموكل به : ولك بمثل » [٥].

وإن كانت إلى الناس فهي كلام الشفيع

(١) المصباح المنير.

(٢) الفتوحـات الإلهية في تفسـير آية : (من يشفع شفاعة حسنة .) (الآية ٨٥ من سورة النساء)

(٣) التعريفات للجرجاني .

(٤) القاموس .

(٥) حديث : « من دعـا لأخيه بظهـر الغيب . . » أخرجه مسلم (٤ / ٢٠٩٤ ـ ط الحلبي) من حديث أبي الـدرداء .

في حاجـة يطلبهـا لغـيره إلى من يستـطيع قضاءها كالملك مثلا [١].

ولا يخرج اصطلاح الفقهاء عن المعنى اللغوي .

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ الإغاثـة :

٣ ـ وهو من أغاث المكروب إغاثة ومغوثة : أي فرج عنه ونصره في حالة الشدة [٢]. فكل من الشفاعة والإغاثة معونة للطالب .

ب ـ التوسـل :

٤ ـ وهـو التقـرب يقـال : توسلت إلى الله بالعمل وتوّسل بفلان إلى كذا [٣].

الأحكام المتعلقة بالشفاعة :

الشفـاعــة قسمــان : شفـاعـة حسنـة ، وشفاعة سيئـة .

الشفاعة الحسنة :

٥ ـ أ ـ الشفاعة الحسنة : وهي : أن يشفع الشفيع لإزالـة ضرر أو رفـع مظلمـة عن مظلوم ، أو جَرٍّ منفعة إلى مستحق ليس في جرهـا ضرر ولا ضرار ، فهـذه مرغوب فيها مأمور بها ، قال الله تعالى : ﴿ وتعاونوا على الـبر والتقـوى ﴾ [٤]. وللشفيع نصيب فى

(١) لسان العرب ، الفتوحات الإلهية .

(٢) متن اللغة .

(٣) المصباح المنير.

(٤) سورة المائدة / ٢

أجرها وثوابها قال الله تعالى[١]: ﴿ من يشفع شفاعة حسنة يكن له نصيب منها ﴾ [٢] ويندرج فيها دعاء المسلم لأخيه المسلم عن ظهر الغيب .

الشفاعة السيئة :

٥ - ب - الشفاعة السيئة هي : أن يشفع في إسقاط حد بعد بلوغه السلطان أو هضم حق أو إعطائه لغير مستحقه ، وهو منهي عنه لأنه تعاون على الإثم والعدوان . قال تعالي : ﴿ولا تعاونوا على الإثم والعدوان﴾ [٣] وللشفيع في هذا كفل من الإثم . قال تعالي : ﴿ومن يشفع شفاعة سيئة يكن له كفل منها . . . ﴾ الآية [٤]. والضابط العام : أن الشفاعة الحسنة هي : ما كانت فيما استحسنه الشرع ، والسيئة فيما كرهه وحرّمه [٥] .

والشفاعة تكون في الآخرة وفي الدنيا :

أولا - الشفاعة في الآخرة :

٦ - أجمع أهل السنة ، والجماعة على وقوع الشفاعة في الآخرة ووجوب الإيمان بها . لصريح قوله تعالي : ﴿ يومئذ لا تنفع الشفاعة إلا من أذن له الرحمن ورضي له قولا ﴾ [١] وقال عزّ من قائل : ﴿ ولا يشفعون إلا لمن ارتضى ﴾ [٢] وقد جاءت الأحاديث التي بلغت بمجموعها حدّ التواتر بصحة الشفاعة في الآخرة لمذنبي المسلمين ، فيشفع له من يأذن له الرحمن من الأنبياء والملائكة وصالحي المؤمنين [٣] .

جاء في حديث الشفاعة « فيقول الله عزّ وجل : شفعت الملائكة ، وشفع النبيون ، وشفع المؤمنون ، ولم يبق إلا أرحم الراحمين فيقبض قبضة من النار فيخرج منها قوما لم يعملوا خيرا قط . . الخ . » [٤]

٧ - قال العلماء : الشفاعة في الآخرة خمسة أقسام :

أولها : مختصة بنبيّنا ﷺ ، وهي : الإراحة من هول الموقف ، وتعجيل الحساب ، وهي : الشفاعة العظمى .

ثانيها : في إدخال قوم الجنة بغير حساب ، وهذه أيضا خاصة بنبينا ﷺ .

ثالثها : الشفاعة لقوم استوجبوا النار فيشفع فيهم نبيّنا ، ومن شاء الله تعالى .

---

(١) تفسير فخر الرازي في تفسير : آية (من يشفع شفاعة حسنة ،) الفتوحات الإلهية .
(٢) سورة النساء رقم ٨٥ .
(٣) سورة المائدة/ ٢ .
(٤) سورة النساء/ ٨٥ .
(٥) المصادر السابقة .

---

(١) سورة طه / ١٠٩ .
(٢) سورة الأنبياء / ٢٨ .
(٣) شرح النووي لصحيح مسلم ٣ / ٣٥ .
(٤) حديث الشفاعة : «فيقول الله : شفعت الملائكة» أخرجه مسلم (١ / ١٧٠ - ط الحلبي) من حديث أبي سعيد الخدرى .

رابعها : فيمن دخل النار من المذنبين : فقد جاءت الأحاديث بإخراجهم من النار بشفاعة نبيّنا ﷺ ، والملائكة وإخوانهم من المؤمنين .

خامسها : في زيادة الدرجات في الجنة لأهلها [١] .

٨ ـ ويجوز للإنسان أن يسأل الله أن يرزقه شفاعة الحبيب محمد ﷺ .

وقال النووي في شرح صحيح مسلم : قال القاضي عياض : « قد عرف بالنقل المستفيض سؤال السلف الصالح ـ رضي الله عنهم ـ : شفاعة نبيّنا ﷺ ورغبتهم فيها ، وعلى هذا لا يلتفت إلى من قال : إنه يكره أن يسأل الإنسان الله تعالى : أن يرزقه شفاعة نبيّنا ﷺ ، لكونها لا تكون إلا للمذنبين ، لأن الشفاعة قد تكون لتخفيف الحساب ، وزيادة الدرجات . ثم كل عاقل : معترف بالتقصير محتاج إلى العفو غير معتد بعمله مشفق من أن يكون من الهالكين . ويلزم هذا القائل ألا يدعو بالمغفرة ، والرحمة لأنها لأصحاب الذنوب [٢] » .

(١) روضة الطالبين ٧ / ١١٣ ، سنن المطالب ٣ / ١٠٤ ، الشرقاوى على شرح التحرير ٢ / ٣٢٠ ، شرح صحيح مسلم للنووي ٣ / ٣٥ .

(٢) شرح صحيح مسلم للنووي ٣ / ٣٦ .

ثانيا ـ الشفاعة في الدنيا :

أ ـ الشفاعة في الحد :

٩ ـ لا خلاف بين الفقهاء في تحريم الشفاعة في حدّ من حدود الله بعد بلوغه إلى الحاكم [١] لقوله صلى الله عليه السلام : لأسامة لما كلمه في شأن المخزومية التي سرقت : (أتشفع في حدّ من حدود الله ؟ . ثم قام فاختطب ثم قال : إنما أهلك الذين من قبلكم : أنهم كانوا إذا سرق فيهم الشريف تركوه وإذا سرق فيهم الضعيف أقاموا عليه الحد ، وأيم الله لو أن فاطمة بنت محمد سرقت لقطعت يدها) [٢] ولقوله ﷺ : (من حالت شفاعته دون حد من حدود الله فقد ضادّ الله) [٣] ولأن الحدّ إذا بلغ الحاكم وثبت عنده وجب إقامته والسعي لترك واجب أمر بالمنكر ، واستظهر بعض الحنفية جواز الشفاعة عند الرافع له بعد وصولها إلى الحاكم وقبل الثبوت عنده .

(١) ابن عابدين ٣ / ١٤٠ ، حاشية الجمل ٥ / ١٦٢ ـ ١٦٥ ، أسنى المطالب ٤ / ١٣١ ، شرح الزرقاني ٨ / ٩٢ ، المدونة ٦ / ٢٧١ ، مطالب أولي النهى ٦ / ١٥٩ .

(٢) حديث : « أتشفع في حد من حدود الله » أخرجه البخاري (الفتح ٦ / ٥١٣ ـ ط السلفية) ومسلم (٣ / ١٣١٥ ـ ط الحلبي) من حديث عائشة .

(٣) حديث : « من حالت شفاعته دون حدّ من حدود الله فقد ضاد الله » . أخرجه أبو داود (٤ / ٢٣ ـ تحقيق عزت عبيد دعاس) من حديث ابن عمر وإسناده صحيح .

وقال المالكية : وكذلك لا تجوز الشفاعة إذا بلغ الحد الشرط والحرس لأن الشرط والحرس بمنزلة الحاكم [1].

أما قبل بلوغه إلى من ذكر فتجوز الشفاعة فيه لما ورد أن الزبير بن العوام مرّ عليه بسارق فتشفع له ، قالوا : أتشفع لسارق ؟ قال : نعم ، ما لم يؤت به إلى الإمام ، فإذا أتي به إلى الإمام فلا عفا الله عنه إن عفا عنه [2].

قال المالكية : إلا إذا كان المشفوع فيه من الأشرار الذين مردوا على ارتكاب المعاصي التي توجب الحدّ ، فلا يجوز الشفاعة فيه [3].

ب - الشفاعة في التعازير :

١٠ - أما التعازير : فيجوز فيها الشفاعة بلغت الحاكم أم لا ، بل يستحب .

قال المالكية : إذا لم يكن المشفوع له صاحب شر [4].

(١) المدونة ٦ / ٢٧١ .

(٢) أثر أن الزبير مرّ عليه بسارق أخرجه ابن أبي شيبة (٩ / ٤٦٥ - ط الدار السلفية - بمبي) وحسنه ابن حجر في الفتح (١٢ / ٨٧ - ط السلفية) ، وورد عنده كذلك عن علي بن أبي طالب وحسنه ابن حجر كذلك .

(٣) المصادر السابقة والقوانين الفقهية ٣٤٩ ، ٣٥٤ ، ومواهب الجليل ٦ / ٣٢٠ ، والشرح الصغير ٤ / ٤٨٩ .

(٤) المصادر السابقة ، زرقاني ٨ / ٩٢

ج - الشفاعة إلى ولاة الأمور :

١١ - الشفاعة إلى ولاة الأمور إن كانت في حاجة المسلمين فهي مستحبة [1].

لقوله تعالى : ﴿ من يشفع شفاعة حسنة . . . ﴾[2] الآية. ولما في الصحيحين عن أبي موسى رضي الله عنه : أن النبى ﷺ (كان إذا أتاه طالب حاجة أقبل على جلسائه فقال : اشفعوا تؤجروا) [3] ويقضي الله على لسان نبيه ما أحب .

أخذ الهدية على الشفاعة :

١٢ - إن أهدى المشفوع له هدية لمن يشفع له عند السلطان ، ونحوه من أرباب الولاية فإن كانت الشفاعة لطلب محظور ، أو إسقاط حق أو معونة على ظلم ، أو تقديمه في ولاية على غيره ممن هو أولى بها منه ، فقبولها حرام بالاتفاق ، وإن كانت : لرفع مظلمة عن المشفوع له أو إيصال حق له أو توليته ولاية يستحقها ، فإن شرط الهدية على المشفوع له فقبولها حرام أيضا . وإن قال المشفوع له : هذه الهدية جزاء شفاعتك فقبولها حرام كذلك . أما إن لم يشرط الشافع ولم يذكر المهدي أنها جزاء فإن كان يهدى له

(١) حاشية الجمل ٥ / ١٦٥ ، الإقناع للخطيب ٢ / ١٨٣

(٢) سورة النساء/ ٨٥ .

(٣) حديث : « كان إذا أتاه طالب حاجة » . أخرجه البخاري (الفتح ٣ / ٢٩٩ - ط السلفية) ومسلم (٤ / ٢٠٢٦ - ط الحلبي) واللفظ لمسلم .

قبـل الشفـاعة فقال الشافعية : لا يكره له القبول ، وإلا كره إلا أن يكافئه عليها فإن كافأه عليها لم يكره [١] .

وقـال الحنابلة : لا يجوز للشافع أخذ هدية بحـال من الأحوال ، لأنها كالأجرة ، والشفاعة الحسنة من المصالح العامة فيحرم أخذ شيىء في مقابلها . أما الباذل فله أن يبذل في ذلك ما يتوصل به إلى حقه . وهو المنقول عن السلف والأئمة [٢] .

الاستشفاع إلى الله تعالى بأهل الصلاح :

١٣ - الاستشفاع بالأعمال الصالحة وبالنبي ﷺ وبأهل الصلاح هو من التوسل ، وينظر حكمه في (توســل) .



شُفْرُ العَين

انظر : قصاص ، ديات ، حكومة عدل

شُفْرُ الفَرْج

انظر : قصاص ، ديات ، حكومة عدل

شَفْع

انظر : نوافل ، تطوع

(١) حاشية الرملي على روضة الطالب ٤ / ٣٠٠ .

(٢) مطالب أولي النهى ٦ / ٤٨١ ، كشاف القناع ٦ / ٣١٧ .

شُفْعَة

التعريف :

١ ـ الشفعة بضم الشين وسكون الفاء اسم مصدر بمعنى التملك ، وتأتي أيضا اسماً للملك المشفوع كما قال الفيومي . وهي من الشفع الذي هو ضد الوتر ، لما فيه من ضم عدد إلى عدد أو شيء إلى شيء ، يقال : شفع الرجل الرجل شفعا إذا كان فردا فصار له ثانيا وشفع الشيء شفعا ضم مثله إليه وجعله زوجا [١] .

وفي الاصطلاح عرفها الفقهاء بأنها : « تمليك البقعة جبرا على المشتري بما قام عليه . أو هي حق تملك قهري يثبت للشريك القديم على الحادث فيما ملك بعوض » [٢]

الألفاظ ذات الصلة :

أ ـ البيع الجبري :

٢ ـ البيع الجبري في اصطلاح الفقهاء هو : البيع الحاصل من مكره بحق ، أو البيع عليه نيابة عنه ، لإيفاء حق وجب عليه ، أو لدفع ضرر ، أو لتحقيق مصلحة عامة [١] . فالبيع الجبري أعم من الشفعة .

ب ـ التولية :

٣ ـ التولية في الاصطلاح هى : بيع ما ملكه بمثل ما قام عليه ، وكل من بيع التولية والشفعة بيع بمثل ما اشترى ويختلفان من وجوه أخرى .

الحكم التكليفي :

٤ ـ الشفعة حق ثابت بالسنة والإجماع ولصاحبه المطالبة به أو تركه [٢] ، لكن قال الشبراملسي ـ من الشافعية ـ إن ترتب على ترك الشفعة معصية ـ كأن يكون المشتري مشهورا بالفسق والفجور ـ فينبغي أن يكون الأخذ بها مستحبا بل واجبا إن تعين طريقا لدفع ما يريده المشتري من الفجور [٣] .

---

(١) القاموس ، والمعجم الوسيط ، والمصباح ، مادة : (شفع) .

(٢) حاشية رد المحتار على الدر المختار ١٤٢/٥ ، ونهاية المحتاج إلى شرح المنهاج ١٩٢/٥ ، وحاشية سعدي حلبي بهامش ، فتح القدير ٤٠٦/٦ ، والتاج والإكليل لمختصر خليل ٣١٠/٤ ، والخرشي على مختصر خليل ١٦١/٦ .

(١) المصباح المنير مادة جبر، وأسنى المطالب ٢/٢ ، وهذا التعريف مستخلص من أمثلة البيع الجبري من كتب الفقه ، وانظر الموسوعة الفقهية ٧٠/٩ .

(٢) شرح الكنز للزيلعي ٢٣٩/٥ ، ونهاية المحتاج ١٩٢/٥ ، حاشية البجيرمي ١٣٣/٣ ، والمغني ٤٥٩/٥ ـ ٤٦٠ .

(٣) نهاية المحتاج مع حاشية الشبراملسي ١٩٣/٥ .

واستدلوا من السنة بحديث جابر بن عبد الله ـ رضي الله عنهما ـ قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود ، وصرفت الطرق ، فلا شفعة »[1].

وفي رواية أخرى قال جابر ـ رضي الله عنه ـ : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط ، لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك ، فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به »[2].

وعن سمرة عن النبي ﷺ قال : (جار الدار أحق بالدار)[3].

وقال ابن المنذر : أجمع أهل العلم على إثبات الشفعة للشريك الذي لم يقاسم فيما بيع من أرض أو دار أو حائط[4].

حكمة مشروعية الشفعة :

٥ ـ لما كانت الشركة منشأ الضرر في الغالب وكان الخلطاء كثيرا ما يبغي بعضهم على بعض شرع الله سبحانه وتعالى رفع هذا الضرر بأحد طريقين :

(١) بالقسمة تارة وانفراد كل من الشريكين بنصيبه .

(٢) وبالشفعة تارة أخرى وانفراد أحد الشريكين بالجملة إذا لم يكن على الآخر ضرر في ذلك .

فإذا أراد بيع نصيبه وأخذ عوضه كان شريكه أحق به من الأجنبي وهو يصل إلى غرضه من العوض من أيهما كان فكان الشريك أحق بدفع العوض من الأجنبي ويزول عنه ضرر الشركة ولا يتضرر البائع لأنه يصل إلى حقه من الثمن وكان هذا من أعظم العدل وأحسن الأحكام المطابقة للعقول والفطر ومصالح العباد . كما قال ابن القيم[1].

وحكمة مشروعية الشفعة كما ذكر الشافعية ، دفع ضرر مؤنة القسمة واستحداث المرافق وغيرها كمنور ومصعد وبالوعة في الحصة الصائرة إليه ، وقيل ضرر سوء المشاركة[2].

---

(١) حديث جابر : «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة» أخرجه البخارى (٤/٤٣٦ ـ ط. السلفية) .

(٢) حديث جابر : «قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة» أخرجه مسلم (٣/١٢٢٩ ـ ط . الحلبي) .

(٣) حديث : «جار الدار أحق بالدار» . أخرجه الترمذى (٣/٦٤١ ـ ط الحلبي) وقال : «حديث حسن صحيح» .

(٤) المغني ٥/٤٦٠ ، وانظر أيضا مغني المحتاج ٢/٢٩٦

---

(١) أعلام الموقعين ٢/٢٤٧

(٢) نهاية المحتاج ٥/١٩٢ ، حاشية البجيرمي ٣/١٣٤ ، وانظر المبسوط للسرخسي ١٤/٩١ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٥/٢٣٩ ، ابن عابدين ٥/١٤٢ .

أسباب الشفعـة :

٦ - اتفق الفقهاء على ثبوت الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في نفس العقار المبيع مالم يقسم .

واختلفـوا في الاتصـال بالجوار وحقوق المبيع فاعتـبرهما الحنفية من أسباب الشفعة خلافا لجمهور الفقهاء ، وتفصيل ذلك فيما يلــي :

الشفعة للشريك على الشيوع :

٧ - اتفق الفقهاء على جواز الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في ذات العقار المبيع مادام لم يقاسم [١]. وقد استدلوا على ذلك بحديث جابر رضي الله عنه السابق ف / ٤

الشركة التي تكون محلا للشفعة :

٨ - اختلف الفقهـاء في الشركة التي تكون محلا للشفعة على اتجاهين :

الأول : ذهب مالك في إحدى روايتيه ، والشـافعي في الأصـح والحنـابلة في ظاهـر المذهب إلى أن كل ما لا ينقسم - كالبئر ، والحمام الصغير ، و الطريق - لا شفعة فيــه [٢].

لأن إثبـات الشفعـة فيما لا ينقسم يضر بالبائع لأنه لا يمكنه أن يتخلص من إثبات الشفعــة في نصيبـه بالقسمـة وقـد يمتنـع المشـتري لأجـل الشفيع فيتضرر البائع وقد يمتنع البيع فتسقط الشفعة فيؤدي إثباتها إلى نفيها [١] .

الاتجاه الثانـي :

٩ - ذهب الحنفية ، ومــالــك في الــرواية الثانية ، والشافعية في الصحيح والحنابلة في رواية إلى أن الشفعة تجب في العقار سواء قبل القسمة أم لم يقبلها .

واستـدلوا على ذلك بعموم حديث جابر قال : « قضــى رسـول ﷺ عليه وســلم بالشفعة في كل مالم يقسم » [٢] .

ولأن الشفعـة إنـما شرعت لدفـع الضرر اللاحق بالشركة فتجوز فيما لا ينقسم ، فإذا كانا شريكين في عين من الأعيان ، لم يكن دفع ضرر أحدهما بأولى من دفع ضرر الآخر فإذا باع نصيبــه كان شريكـه أحق به من الأجنبي ، إذ فى ذلـك إزالة ضرره مع عدم

---

(١) البدائع ٦ / ٢٦٨١ ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٥ / ٢٥٢ ، حاشية الـدسـوقي على الشرح الكبـير ٣ / ٤٧٤ ، نهاية المحتاج ٥ / ١٩٥ ، حاشية البجيرمي ٣ / ١٣٦ ، المغني ٥ / ٤٦١ ، منتهى الإرادات ١ / ٥٢٧ .

(٢) حاشية الدسوقي ٣ / ٤٧٦ ، الخرشي ٦ / ١٦٣ ، بلغة = السالك لأقرب المسالك ومعها الشرح الصغير ٢ /٢٢٨ ، نهاية المحتـاج ٥ / ١٩٥ ، مغنى المحتاج ٢ / ٢٩٧ ، الأم ٢ / ٤ ، المـغني ٥ / ٤٦١ ، منتـهى الإرادات ١ / ٥٥٧ ، المقنع ٢ / ٢٥٨ .

(١) المغني مع الشرح الكبير ٥ / ٤٦٦

(٢) حديث : قضى رسـول الله صلى الله عليه وآلـه وسلم بالشفعة في كل مالم يقسم » سبق تخريجه ف ٤ .

تضرر صاحبه ، فإنه يصل إلى حقه من الثمن ويصل هذا إلى استبداده بالمبيع فيزول الضرر عنهما جميعا [١] .

وقالوا أيضا : إن الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر بالعقار الذي يقبل القسمة ، فإذا كان الشارع مريدا لدفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالدفع ، ولو كانت الأحاديث مختصة بالعقارات المقسومة فإثبات الشفعة فيها تنبيه على ثبوتها فيما لا يقبل القسمة [٢] .

الشفعة في المنفعة :

١٠ - الشركة المجيزة للشفعة هي الشركة في الملك فقط ، فتثبت الشفعة للشريك في رقبة العقار .

أما الشركة في ملك المنفعة فلا تثبت فيها الشفعة عند الجمهور ، وفي قول لمالك للشريك في المنفعة المطالبة بالشفعة أيضا . قال الشيخ عليش : (لا شفعة لشريك في كراء ، فإن اكترى شخصان دارا مثلا ثم أكرى أحدهما نصيبه من منفعتها فلا شفعة فيه لشريكه على أحد قولي مالك ، وله الشفعة فيه على قوله الآخر) .

واشترط بعض المالكية للشفعة في الكراء أن يكون مما ينقسم وأن يشفع ليسكن [١] .

شفعة الجار المالك والشريك في حق من حقوق المبيع :

١١ - اتفق الفقهاء كما سبق على ثبوت الشفعة للشريك الذي له حصة شائعة في ذات المبيع ما دام لم يقاسم .

ولكنهم اختلفوا في ثبوتها للجار الملاصق والشريك في حق من حقوق المبيع ، ولهم في ذلك اتجاهان .

الأول : ذهب المالكية ، والشافعية ، والحنابلة إلى عدم ثبوت الشفعة للجار ولا للشريك في حقوق المبيع ، وبه قال : أهل المدينة وعمر وعثمان وعمر بن عبد العزيز وسعيد بن المسيب وسليمان بن يسار والزهري ويحيى الأنصاري وأبو الزناد وربيعة والمغيرة بن عبد الرحمن والأوزاعي وإسحاق وأبو ثور وابن المنذر [٢] .

---

(١) البدائع ٦ / ٢٦٨٦ بشرح الكنز ٥ / ٢٥٢ ، ابن عابدين ٦ / ٢١٧ ، المبسوط ١٤ / ٩٣ ، وحاشية الدسوقي ٣ / ٤٧٦ وما بعدها ، بلغة السالك لأقرب المسالك ٢ / ٢٢٨ ، الخرشي ٦ / ١٧٠ .

(٢) المراجع السابقة . وأعلام الموقعين ٢ / ١٣٩ وما بعدها و٢٤٩ ومابعدها .

(١) المبسوط ١٤ / ٩٥ ، فتح العزيز ١١ / ٣٩٢ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢٩٧ ، ومنتهى الإرادات ١ / ٥٣١ ، شرح منح الجليل ٢ / ٥٨٦ ، وانظر حاشية الدسوقي ٣ / ٤٧٤ - ٤٧٥ ، ومواهب الجليل لشرح مختصر خليل ٥ / ٣١٢ ، ٣١٣ ، الخرشي ٦ / ١٦٣ .

(٢) حاشية الدسوقي ٣ / ٤٧٤ ، والشرح الصغير ٢ / ٢٢٨ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢٩٧ ، حاشية البجيرمي ٣ / ١٣٦ ، وفتح العزيز شرح الوجيز ١١ / ٣٩٢ ، والمغني ٥ /٤٦١ ، والمقنع ٢ / ٢٥٨ .

واستدلوا على ذلك بحديث جابر وفيه : (فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة)[1] .

ووجه الدلالة من هذا الحديث : أن في صدره إثبات الشفعة في غير المقسوم ونفيها في المقسوم ، لأن كلمة إنما لإثبات المذكور ونفي ما عداه ، وآخره نفي الشفعة عند وقوع الحدود وصرف الطرق والحدود بين الجارين واقعة والطرق مصروفة فكانت الشفعة منفية في هذه الحالة .

وقالوا : إذا كان الشارع يقصد رفع الضرر عن الجار فهو أيضا يقصد رفعه عن المشتري . ولا يدفع ضرر الجار بإدخال الضرر على المشتري ، فإن المشتري في حاجة إلى دار يسكنها هو وعياله ، فإذا سلط الجار على انتزاع داره منه أضرّ به ضررا بينا ، وأي دار اشتراها وله جار فحاله معه هكذا . وتطلبه دارا لا جار لها كالمتعذر عليه ، فكان من تمام حكمة الشارع أن أسقط الشفعة بوقوع الحدود وتصريف الطرق لئلا يضر الناس بعضهم بعضا ، ويتعذر على من أراد شراء دار لها جار أن يتم له مقصوده[2] .

(١) حديث : «فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة» تقدم تخريجه ف ٤ .

(٢) أعلام الموقعين لابن القيم ٢ / ٢٥٩ وما بعدها

الاتجاه الثاني :

١٢ - ذهب الحنفية ، وابن شبرمة والثوري وابن أبي ليلى إلى إثبات الشفعة للجار الملاصق والشريك في حق من حقوق المبيع ، فسبب وجوب الشفعة عندهم أحد شيئين : الشركة أو الجوار . ثم الشركة نوعان :

أ - شركة في ملك المبيع .

ب - شركة في حقوقه ، كالشرب والطريق .

قال المرغيناني : « الشفعة واجبة للخليط في نفس المبيع ، ثم للخليط في حق المبيع كالشرب والطريق ، ثم للجار »[1] .

واستدل هؤلاء بحديث عمرو بن الشريد قال : «وقفت على سعد بن أبي وقاص ، فجاء المسور بن مخرمة فوضع يده على إحدى منكبي إذ جاء أبو رافع مولى النبي ﷺ فقال : ياسعد ، ابتع مني بيتي في دارك . فقال سعد : والله ما أبتاعهما فقال المسور : والله لتبتاعنهما ، فقال سعد : والله لا أزيدك على أربعة آلاف منجمة أو مقطعة ، قال أبو رافع : لقد أعطيت بها خمسمائة دينار ولولا أني سمعت رسول الله ﷺ يقول : « الجار أحق بسقبه» ما أعطيتكها بأربعة آلاف وأنا

(١) بدائع الصنائع ٦ / ٢٦٨١ ، تبيين الحقائق ٥ / ٢٣٩ ، المبسوط ١٤ / ٩٣ - ٩٤ ، والهداية مع الفتح ٩ / ٣٦٩ وما بعدها .

أعطى بها خمسمائة دينار فأعطاها إياه » [١].

ففي هذا الحديث دليل على أن الشفعة تستحق بسبب الجوار، واستدلوا بحديث جابر قال : قال النبي ﷺ : « الجار أحق بشفعته ينتظر به وإن كان غائبا، إذا كان طريقهما واحدا » [٢].

وعن الشريد بن سويد قال : قلت يا رسول الله : أرضي ليس لأحد فيها شركة ولا قسمة إلا الجوار، فقال : « الجار أحق بسقبه » [٣].

واستدلوا من المعقول بأنه إذا كان الحكم بالشفعة ثبت في الشركة لإفضائها إلى ضرر المجاورة فحقيقة المجاورة أولى بالثبوت فيها، وهذا لأن المقصود دفع ضرر المتأذي بسوء المجاورة على الدوام وضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام باتصال أحد الملكين بالآخر على وجه لا يتأتى الفصل فيه .

والناس يتفاوتون في المجاورة حتى يرغب في مجاورة بعض الناس لحسن خلقه ويرغب

(١) حديث عمرو بن الشريد : « وقفت على سعد بن أبي وقاص .... » أخرجه البخاري (الفتح ٤/ ٤٣٧ - ط السلفية) .

(٢) حديث : « الجار أحق بشفعته ... » أخرجه الترمذي (٣ / ٦٤٢ - ط . الحلبي) وقال : « حديث حسن غريب ».

(٣) حديث الشريد بن سويد : «أرضى ليس لأحد فيها .... » أخرجه النسائي (٧ / ٣٢٠ - ط المكتبة التجارية) وإسناده حسن .

عن جوار البعض لسوء خلقه ، فلما كان الجار القديم يتأذى بالجار الحادث على هذا الوجه ثبت له حق الملك بالشفعة دفعا لهذا الضرر [١].

شروط الشفعة بالجوار :

١٣ - يرى الحنفية أن الجوار سبب للشفعة ولكنهم لم يأخذوا بالجوار على عمومه، بل اشترطوا لذلك أن تتحقق الملاصقة في أي جزء من أي حد من الحدود، سواء امتد مكان الملاصقة حتى عم الحد أم قصر حتى لو لم يتجاوز شبرا .

فالملاصق للمنزل والملاصق لأقصى الدار سواء في استحقاق الشفعة لأن ملك كل واحد منهم متصل بالبيع .

أما الجار المحاذي فلا شفعة له بالمجاورة سواء أكان أقرب بابا أم أبعد، لأن المعتبر في الشفعة هو القرب واتصال أحد الملكين بالآخر وذلك في الجار الملاصق دون الجار المحاذي فإن بين الملكين طريقا نافذا [٢]

وقال شريح : [٣] الشفعة بالأبواب ، فأقرب الأبواب إلى الدار أحق بالشفعة . لما

(١) المبسوط للسرخسي ١٤ / ٩٥ ، والبدائع للكاساني ٦ / ٢٦٨٢ .

(٢) المبسوط ١٤ / ٩٣ ، ٩٤ ، البدائع ٦ / ٢٦٩١ ، ابن عابدين ٥ / ١٦٥ ، وشرح الكنز للزيلعي ٥ / ٢٤١ ، الهداية مع فتح القدير ٩ / ٣٧٦ .

(٣) المبسوط ١٤ / ٩٣ .

ورد أن عائشة رضي الله عنها قالت: يارسول الله إن لي جارين فإلى أيهما أهدي ؟ قال : « إلى أقربهما منك بابا »[1] .

ولا تثبت الشفعة أيضا عند الحنفية للجار المقابل . لأن سوء المجاورة لا يتحقق إذا لم يكن ملك أحدهما متصلا بملك الآخر ولا شركة بينهما في حقوق الملك .

وحق الشفعة يثبت للجار الملاصق ليترفق به من حيث توسع الملك والمرافق ، وهذا في الجار الملاصق يتحقق لامكان جعل إحدى الدارين من مرافق الدار الأخرى .

ولا يتحقق ذلك في الجار المقابل لعدم إمكان جعل إحدى الدارين من مرافق الدار الأخرى بطريق نافذ بينهما .

ولكن تثبت الشفعة للجار المقابل إذا كانت الدور كلها في سكة غير نافذة، لإمكان جعل بعضها من مرافق البعض بأن تجعل الدور كلها دارا واحدة .

ولا تثبت الشفعة إلا للجار المالك، فلا تثبت لجار السكنى، كالمستأجر والمستعير، لأن المقصود دفع ضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام وجوار السكنى ليس بمستدام ، وضرر التأذي بسوء المجاورة على الدوام، باتصال أحد الملكين بالآخر على وجه لا يتأتى الفصل فيه[1] .

الشفعة بين ملاك الطبقات :

١٣م - ملاك الطبقات عند الحنفية متجاورون فيحق لهم الأخذ بالشفعة بسبب الجوار[2] .

وإن لم يأخذ صاحب العلو السفل بالشفعة حتى انهدم العلو فعلى قول أبي يوسف بطلت الشفعة - لأن الاتصال بالجوار قد زال ، كما لو باع التي يشفع بها قبل الأخذ .

وعلى قول محمد تجب الشفعة ، لأنها ليست بسبب البناء بل بالقرار وحق القرار باق .

وإن كانت ثلاثة أبيات بعضها فوق بعض وباب كل إلى السكة فبيع الأوسط تثبت الشفعة للأعلى والأسفل وإن بيع الأسفل أو الأعلى ، فالأوسط أولى ، بما له من حق القرار، لأن حق التعلي يبقى على الدوام ، وهو غير منقول فتستحق به الشفعة كالعقار[3] .

ولو كان سفل بين رجلين عليه علو لأحدهما مشترك بينه وبين آخر فباع هو السفل والعلو كان العلو لشريكه في العلو

(١) حديث عائشة : «إن لي جارين ....» أخرجه البخاري (الفتح ٤ / ٤٣٨ - ط . السلفية) .

(١) المبسوط ١٤ / ٩٥ ، ٩٦ .

(٢) مرشد الحيران محمد قدري باشا م ١٠١ ، والمجلة م ١٠١١ .

(٣) ابن عابدين ٥ / ١٤٣ .

والسفل لشريكه في السفل ، لأن كل واحد منهما شريك في نفس المبيع في حقه وجار في حق الآخر أو شريك في الحق إذا كان طريقهما واحدا .

ولو كان السفل لرجل والعلو لآخر فبيعت دار بجنبها فالشفعة لهما [(١)].

أركان الشفعة :

١٤ - أركان الشفعة ثلاثة : [(٢)]

(١) الشفيع : وهو الآخذ .

(٢) والمأخوذ منه : وهو المشتري الذي يكون العقار في حيازته .

(٣) المشفوع فيه : وهو العقار المأخوذ أي محل الشفعة .

ولكل ركن من هذه الأركان شروط وأحكام تتعلق بها كما سيأتي .

الشروط الواجب توافرها في الشفيع :

الشرط الأول : ملكية الشفيع لما يشفع به :

١٥ - اشترط الفقهاء للأخذ بالشفعة أن يكون الشفيع مالكا للعقار المشفوع به وقت شراء العقار المشفوع فيه . لأن سبب الاستحقاق جواز الملك ، والسبب إنما ينعقدسببا عند وجود الشرط ، والانعقاد أمر زائد على الوجود [(١)].

قال الكاساني : لا شفعة له بدار يسكنها بالإجارة والإعارة ولا بدار باعها قبل الشراء ولا بدار جعلها مسجدا ولا بدار جعلها وقفا [(٢)].

وقد روي عن مالك جواز الشفعة في الكراء كما سبق .

الشرط الثاني : بقاء الملكية لحين الأخذ بالشفعة :

١٦ - يجب أن يبقى الشفيع مالكا للعقار المشفوع به حتى يمتلك العقار المشفوع فيه بالرضاء أو بحكم القضاء ليتحقق الاتصال وقت البيع [(٣)].

الشفعة للوقف :

١٧ - لا شفعة للوقف لا بشركة ولا بجوار . فإذا بيع عقار مجاور لوقف ، أو كان المبيع بعضه ملك وبعضه وقف وبيع الملك فلا شفعة للوقف ، لا لقيّمه ولا للموقوف عليه [(٤)].

---

(١) شرح الكنز للزيلعي ٥ / ٢٤١ ، والفتاوى الهندية ٥ / ١٦٤ .

(٢) مغني المحتاج ٢ / ٢٩٦ .

(١) البدائع ٦ / ٢٧٠٣ ، المبسوط ١٤ / ٩٥ وشرح الكنز للزيلعي ٥ / ٢٥٢ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٤٧٦ ، مغني المحتاج ٢ / ٢٩٨ ، نهاية المحتاج ٥ / ١٩٨ ، منتهي الإرادات ١ / ٥٣٠ .

(٢) البدائع ٦ / ٢٧٠٣ .

(٣) تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي مع حاشية الشلبي ٥ / ٢٢٥ ، ط ١ سنة ١٣١٥ هـ.

(٤) البدائع ٦ / ٢٧٠٣ ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٣٣ ، الخرشي ٦ / ١٦٣ ، مغني المحتاج ٢ / ٢٩٧ ، فتح =

واشترط الفقهاء جميعا ألا يتضمن التملك بالشفعة تفريق الصفقة لأن الشفعة لا تقبل التجزئة . وينبني على ذلك أنه إذا كان المبيع قطعة واحدة والمشتري واحدا فلا يجوز للشفيع أن يطلب بعض المبيع ويترك البعض الآخر ، أما إذا كانت القطعة واحدة ، وكان المشتري متعددا فيجوز للشفيع أن يطلب نصيب واحد أو أكثر أو يطلب الكل ، ولا يعتبر هذا تجزئة للشفعة ، لأن كل واحد من الشركاء مستقل بملكية نصيبه تمام الاستقلال . وإذا كانت القطع متعددة والمشتري واحدا أخذ كل شفيع القطعة التي يشفع فيها ، فإن تعدد المشترون أيضا فلكل شفيع أن يأخذ نصيب بعضهم أو يأخذ الكل ويقدر لكل قطعة ما يناسبها من الثمن إن لم يكن مقدرا في العقد [١] .

المشفوع منه :

١٨ - وتجوز الشفعة على أي مشتر للعقار المبيع سواء أكان قريبا للبائع أم كان أجنبيا عنه . لعموم النصوص المثبتة للشفعة .

التصرفات التى تجوز فيها الشفعة :

١٩ - اتفق الفقهاء على أن التصرف المجيز للشفعة هو عقد المعاوضة ، وهو البيع وما في معناه . فلا تثبت الشفعة في الهبة والصدقة والميراث والوصية لأن الأخذ بالشفعة يكون بمثل ما ملك فإذا انعدمت المعاوضة تعذر الأخذ بالشفعة .

وحكي عن مالك في رواية أن الشفعة تثبت في كل ملك انتقل بعوض أو بغير عوض كالهبة لغير الثواب ، والصدقة ، ما عدا الميراث فإنه لا شفعة فيه باتفاق . ووجه هذه الرواية أنها اعتبرت الضرر فقط .

واختلف الفقهاء في المهر وأرش الجنايات والصلح وبدل الخلع وما في معناها فذهب الحنفية والحنابلة في رواية صححها المرداوي إلى عدم ثبوت الشفعة في هذه الأموال لأن النص ورد في البيع فقط وليست هذه التصرفات بمعنى البيع ، ولاستحالة أن يتملك الشفيع بمثل ما تملك به هؤلاء .

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة في رواية أخرى إلى ثبوت الشفعة في هذه التصرفات قياسا على البيع بجامع الاشتراك في المعاوضة مع لحوق الضرر ثم نص الحنابلة على أن الصحيح عندهم أنه إذا ثبتت الشفعة في هذه الحال فيأخذه الشفيع بقيمته وفي قول : بقيمة مقابله [١] .

= العزيز ١١ / ٣٩٢ ، شرح منتهى الإرادات ٢ / ٤٤١ .

(١) المبسوط ١٤ / ١٠٤ ، البدائع ٦ / ٢٧٢٩ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٤٩٠ ، القليوبي ٣ / ٤٩ ، ٥٠ ، المغني ٥ / ٤٨٣ ، منتهى الإرادات ١ / ٥٢٩ ، المقنع ٢ / ٢٦٣ .

(١) الهداية مع الفتح ٩/ ٣٧٩ ، ٣٨١ ، ٤٠٥ ، الزيلعي =

الهبة بشرط العوض :

٢٠ - ذهب جمهور الفقهاء (الحنفية والمالكية والحنابلة وهو الأصح عند الشافعية) إلى أنه إذا كانت الهبة بشرط العوض ، فإن تقابضا وجبت الشفعة،لوجود معنى المعاوضة عند التقابض عند الحنفية ورأى للشافعية،وإن قبض أحدهما دون الآخر فلا شفعة عند أبي حنيفة وأبى يوسف ومحمد ، وعند زفر تجب الشفعة بنفس العقد وهو الأظهر عند الشافعية [1] .

الشفعة مع شرط الخيار :

٢١ - اتفق الفقهاء على أنه إن كان الخيار للبائع وحده أو للبائع والمشتري معا فلا شفعة حتى يجب البيع ، لأنهم اشترطوا لجواز الشفعة زوال ملك البائع عن المبيع [1] .

وإذا كان الخيار للمشتري فقال الحنفية : تجب الشفعة لأن خياره لا يمنع زوال المبيع عن ملك البائع وحق الشفعة يقف عليه [2] .

وعند المالكية - لا تجب الشفعة ، لأنه غير لازم . لأن بيع الخيار منحل على المشهور ، إلا بعد مضيه ولزومه فتكون الشفعة [3] .

وأما الشافعية فقد قالوا : إن شرط الخيار للمشتري وحده فعلى القول بأن الملك له ففي أخذه بالشفعة قولان :

الأول : المنع ، لأن المشتري لم يرض بلزوم العقد وفي الأخذ إلزام وإثبات للعهدة عليه .

والثاني : وهو الأظهر - يؤخذ ، لأنه لا حق فيه إلا للمشتري والشفيع سلط عليه بعد لزوم الملك واستقراره فقبله أولى [4] .

وعند الحنابلة لا تثبت الشفعة قبل انقضاء الخيار كما قال المالكية [5] .

= ٥/ ٢٥٢ ، ٢٥٣ ، ابن عابدين ٦ / ٢٣١ ، ٢٣٦ ، والبدائع ٦ / ٢٦٩٦ ، ٢٦٩٨ ، ٢٦٩٩ ، والمبسوط ١٤ / ١٤١ ، ١٤٥ وبداية المجتهد ٢ / ٢٥٥ ، والدسوقي ٣ / ٤٧٦ ، ومغني المحتاج ٢ / ٢٩٦ ، ونهاية المحتاج ٥ / ١٩٩ ، وفتح العزيز ١١ / ٤٢٥ ، والمغني ٥ / ٤٦٧ ، منتهى الإرادات ١ / ٥٢٧ ، والمقنع ٢ / ٢٥٨ ، وتصحيح الفروع ٤ / ٥٣٦ . ٥٣٧.

(١) البدائع ٦ / ٢٦٩٦ ، ٢٧٠١ ، المبسوط ١٤ / ١٤١ ، الهداية ٩ / ٤٠٧ ، وشرح الكنز ٥ / ٢٥٣ ، ابن عابدين ٦ / ٢٣٧ ، ٢٣٨ ، والدسوقي ٢ / ٤٧٥ ، ٤٨٢ ، وما بعدها ، بداية المجتهد ٢ / ٢٥٦ ، والخرشي ٦ / ١٧٠ ، ومغني المحتاج ١ / ٢٩٨ ، ٢٩٩ ، وفتح العزيز ١١ / ٤٠٨ ، ٤٢٥ ، ونهاية المحتاج ٥ / ١٩٨ ، والمغني ٥ / ٤٦٨ ، ٤٧١ ، والمقنع ٢ / ٢٥٨ و ٢٧٢ - ٢٧٤ .

(١) البدائع ٦ / ٢٠٧١ ، الخرشي ٦ / ١٧٠ ، مغني المحتاج ٢ / ٢٩٩ ، وما بعدها ، نهاية المحتاج ٥ / ١٩٨ ، المغني ٥ / ٤٧١ ، والمقنع ٢٠ / ٢٧٣ وما بعدها .

(٢) البدائع ٦ / ٢٧٠١ .

(٣) حاشية الدسوقي ٣ / ٤٨٣ ، وما بعدها ، الخرشي ٦ / ١٧٠ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٥٦ .

(٤) فتح العزيز ١١ / ٤٠٨ ، وما بعدها ، الأم ٤ / ٤ .

(٥) المغني ٥ / ٤٧١ .

وقال الحنفية : ولو شرط البائع الخيار للشفيع فلا شفعة له،لأن شرط الخيار للشفيع شرط لنفسه وأنه يمنع وجوب الشفعة ، فإن أجاز الشفيع البيع جاز ولا شفعة ، لأن البيع تم من جهته فصار كأنه باع ابتداء.وإن فسخ البيع فلا شفعة له لأن ملك البائع لم يزل ، والحيلة للشفيع في ذلك ألا يفسخ ولا يجيز حتى يجيز البائع أو يجوز البيع بمضي المدة فتكون له الشفعة [1] .

الشفعة في بعض أنواع البيوع :

أ ـ البيع بالمزاد العلني :

٢٢ ـ إذا بيع العقار بالمزاد العلني فمقتضى صيغ الفقهاء أنهم لا يمنعون الشفعة فيه لأنهم ذكروا شروطا للشفعة إذا تحققت ثبتت الشفعة للشفيع ولم يستثنوا البيع بالمزايدة .

ب ـ ما بيع ليجعل مسجدا :

٢٣ ـ ذهب الحنفية والمالكية وهو قول أبي بكر من الحنابلة إلى أنه إذا اتخذ المشتري الدار مسجدا ثم حضر الشفيع كان له أن ينقض المسجد ويأخذ الدار بالشفعة في ظاهر الرواية .

وروي عن أبي حنيفة أنه ليس له ذلك ، لأن المسجد يتحرر عن حقوق العباد فيكون بمنزلة إعتاق العبد . وحق الشفيع لا يكون

(١) البدائع ٦ / ٢٧٠١ وما بعدها .

أقوى من حق المرتهن ثم حق المرتهن لا يمنع حق الراهن فكذلك حق الشفيع لايمنع صحة جعل الدار مسجدا .

ووجه ظاهر الرواية أن للشفيع في هذه البقعة حقا مقدما على حق المشتري،وذلك يمنع صحة جعله مسجدا،لأن المسجد يكون لله تعالى خالصا،ألا ترى أنه لو جعل جزءا شائعا من داره مسجدا أو جعل وسط داره مسجدا لم يجز ذلك،لأنه لم يصر خالصا لله تعالى فكذلك ما فيه حق الشفعة إذا جعله مسجدا،وهذا لأنه في معنى مسجد الضرار لأنه قصد الأضرار بالشفيع من حيث إبطال حقه فإذا لم يصح ذلك كان للشفيع أن يأخذ الدار بالشفعة ويرفع المشتري بناءه المحدث [1] .

المال الذى تثبت فيه الشفعة :

٢٤ ـ اتفق الفقهاء على أن العقار وما في معناه من الأموال الثابتة تثبت فيه الشفعة [2] . وأما الأموال المنقولة ففيها خلاف يأتي بيانه . واستدلوا على ثبوت الشفعة في العقار ونحوه بحديث جابر رضي الله عنه

(١) المبسوط ١٤ / ١١٣ ـ ١١٤ ، والبدائع ٦ / ٢٧٠٢ ، وابن عابدين ٦ / ٢٣٣ ، ط ٢ ، والخرشي ٦ / ١٧٤ ، وحاشية الدسوقي ٣ / ٤٨٧ ، والفروع ٤ / ٥٥٠ .

(٢) البدائع ٦ / ٢٧٠٠ ، تبيين الحقائق ٥ / ٢٥٢ ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٣٦ ، المبسوط ١٤ / ٩٨ .

قال : « قضى رسول الله ﷺ بالشفعة في كل شركة لم تقسم ربعة أو حائط » [١].

وبأن الشفعة في العقار ما وجبت لكونه مسكنا ، وإنما وجبت لخوف أذى الدخيل وضرره على سبيل الدوام وذلك لا يتحقق إلا في العقار [٢].

وتجب الشفعة في العقار أو ما في معناه وهو العلو ، سواء كان العقار مما يحتمل القسمة أو مما لا يحتملها كالحمام والرحى والبئر ، والنهر ، والعين ، والدور الصغار . وكل ما يتعلق بالعقار مما له ثبات واتصال بالشروط المتقدم ذكرها [٣].

٢٥ ـ واختلف الفقهاء في ثبوت الشفعة في المنقول على قولين :

القول الأول : لا تثبت في المنقول وهو قول الحنفية والشافعية ، والصحيح من مذهبي المالكية والحنابلة [٤]. واستدلوا على ذلك بحديث جابر ـ رضي الله عنه ـ أن النبي صلى الله وعليه وآله وسلم « قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم ، فإذا وقعت الحدود وصرفت الطرق فلا شفعة » [١].

ووجه الدلالة من هذا الحديث أن وقوع الحدود وتصريف الطرق إنما يكون في العقار دون المنقول .

عن أبي هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن النبي صلى الله عليه وآله وسلم قال : « لا شفعة إلا في دار أو عقار » [٢]. ، وهذا يقتضي نفيها عن غير الدار والعقار مما لا يتبعهما وهو المنقول ، وأما ما يتبعهما فهو داخل في حكمها [٣].

قالوا : ولأن الشفعة إنما شرعت لدفع الضرر ، والضرر في العقار يكثر جدا فإنه يحتاج الشريك إلى إحداث المرافق ، وتغيير الأبنية وتضييق الواسع وتخريب العامر وسوء الجوار وغير ذلك مما يختص بالعقار بخلاف المنقول .

وقالوا أيضا : الفرق بين المنقول وغيره أن الضرر في غير المنقول يتأبد بتأبده وفي المنقول لا يتأبد فهو ضرر عارض فهو كالمكيل والموزون [٤].

---

(١) حديث جابر : « قضى رسول الله ﷺ : » تقدم تخريجه ف ٤ .
(٢) شرح العناية على الهداية ٩ / ٤٠٣ ، والبدائع ٦ / ٢٧٠٠ .
(٣) البدائع ٦ / ٢٧٠٠ ، تبيين الحقائق ٥ / ٢٥٢ ، شرح العناية على الهداية ٩ / ٤٠٣ مع فتح القدير .
(٤) المبسوط ١٤ / ٩٥ ، البدائع ٦ / ٢٧٠٠ ، شرح الكنز ٥ / ٢٥٢ ، وفتح العزيز ١١ / ٣٦٤ ، ونهاية المحتاج ٥ / ١٩٣ ، مغني المحتاج ٢ / ٢٩٦ ، والمغني ٥ / ٤٦٣ - ٤٦٥ .

(١) حديث : «قضى بالشفعة . . .» تقدم تخريجه ف ٤
(٢) حديث : « لا شفعة إلا في دار أو عقار» أخرجه البيهقي (٦ / ١٠٩ ـ ط . دائرة المعارف العثمانية) وقال : «الاسناد ضعيف» .
(٣) إعلام الموقعين ٢ / ٢٥١ .
(٤) إعلام الموقعين ٢ / ٢٥١ .

٢٦ ـ القول الثاني : تثبت الشفعة في المنقول وهو رواية عن مالك وأحمد [١] . واستدلوا على ذلك بما رواه البخاري عن جابر ـ رضي الله عنه ـ أن النبي ﷺ « قضى بالشفعة في كل ما لم يقسم » [٢] .

قالوا : إن الرسول صلى الله عليه وآله وسلم أثبت الشفعة في كل ما لم يقسم وهذا يتناول العقار والمنقول . لأن « ما » من صيغ العموم فتثبت الشفعة في المنقول كما هي ثابتة في العقار .

وقالوا : ولأن الضرر بالشركة فيما لا ينقسم أبلغ من الضرر بالعقار الذى يقبل القسمة فإذا كان الشارع مريدا لدفع الضرر الأدنى فالأعلى أولى بالدفع [٣] .

مراحل طلب الأخذ بالشفعة :

٢٧ ـ على الشفيع أن يظهر رغبته بمجرد علمه بالبيع بما يسميه الفقهاء طلب المواثبة ، ثم يؤكد هذه الرغبة ويعلنها ويسمى هذا طلب التقرير والإشهاد ، فإذا لم تتم له الشفعة تقدم للقضاء بما يسمى بطلب الخصومة والتملك [٤] .

أ ـ طلب المواثبة :

٢٨ ـ وقت هذا الطلب هو وقت علم الشفيع بالبيع ، وعلمه بالبيع قد يحصل بسماعه بالبيع بنفسه ، وقد يحصل بإخبار غيره له .

واختلف الحنفية في اشتراط العدد والعدالة في المخبر . فقال أبو حنيفة : يشترط أحد هذين إما العدد في المخبر وهو رجلان أو رجل وامرأتان وإما العدالة .

وقال أبو يوسف ومحمد : لا يشترط فيه العدد ولا العدالة ، فلو أخبره واحد بالشفعة عدلا كان أو فاسقا ، فسكت ولم يطلب على فور الخبر على رواية الأصل أو لم يطلب في المجلس على رواية محمد . بطلت شفعته عندهما إذا ظهر كون الخبر صادقا . وذلك لأن العدد والعدالة لا يعتبران شرعا في المعاملات وهذا من باب المعاملة فلا يشترط فيه العدد ولا العدالة .

ووجه قول أبي حنيفة : أن هذا إخبار فيه معنى الإلزام . ألا ترى أن حق الشفيع يبطل لو لم يطلب بعد الخبر فأشبه الشهادة فيعتبر فيه أحد شرطي الشهادة وهو العدد أو العدالة [١] .

---

(١) المراجع السابقة .

(٢) حديث : « قضى بالشفعة . . . » تقدم تخريجه ف ٤

(٣) إعلام الموقعين ٢ / ٢٥٠

(٤) تبيين الحقائق ٥ / ٢٤٢ ، والبدائع ٦ / ٢٧١٠ ، الهداية مع فتح القدير ٩ / ٣٨٢ ، المبسوط ١٤ / ٩٢ ، ابن عابدين ٦ / ٢٢٤ ـ ٢٢٥ ، تكملة المجموع =

= ١٤ / ١٤٤ ، المغني ٥ / ٤٧٧ ، منتهى الإرادات ١ / ٥٢٨ ، المقنع ٢ / ٢٦٠ .

(١) البدائع ٦ / ٢٧١٠ ، الهداية مع فتح القدير ٩ / ٣٨٤ .

٢٩ - وشرط طلب المواثبة أن يكون من فور العلم بالبيع [١] . إذا كان قادرا عليه ، حتى لو علم بالبيع وسكت عن الطلب مع القدرة عليه بطل حق الشفعة في رواية الأصل .

وروي عن محمد أنه على المجلس كخيار المخيرة وخيار القبول ما لم يقم عن المجلس أو يتشاغل عن الطلب بعمل آخر لا تبطل شفعته وله أن يطلب ، وذكر الكرخي أن هذا أصح الروايتين ، ووجه هذه الرواية أن حق الشفعة ثبت نظرا للشفيع دفعا للضرر عنه فيحتاج إلى التأمل أن هذه الدار هل تصلح بمثل هذا الثمن وأنه هل يتضرر بجوار هذا المشترى فيأخذ بالشفعة ، أم لا يتضرر به فيترك . وهذا لا يصح بدون العلم بالبيع ، والحاجة إلى التأمل شرط المجلس في جانب المخيرة ، والقبول، كذا ههنا . ووجه رواية الأصل ما روي أن الرسول ﷺ قال : « الشفعة كحل العقال » [٢] ولأنه حق يثبت على خلاف القياس ، إذ الأخذ بالشفعة تملك مال معصوم بغير إذن مالكه لخوف ضرر يحتمل الوجود والعدم فلا يستقر إلا بالطلب على المواثبة [١] .

واستثنى الحنفية القائلون بوجوب المواثبة حالات يعذر فيها بالتأخير كما إذا سمع بالبيع في حال سماعه خطبة الجمعة أو سلم على المشتري قبل طلب الشفعة ونحو ذلك [٢] .

وكذلك إذا كان هناك حائل بأن كان بينهما نهر مخوف ، أو أرض مسبعة ، أو غير ذلك من الموانع ، لا تبطل شفعته بترك المواثبة إلى أن يزول الحائل [٣] .

٣٠ - وذهب المالكية إلى أن الشفعة ليست على الفور بل وقت وجوبها متسع ، واختلف قول مالك في هذا الوقت هل هو محدود أم لا ؟ فمرة قال : هو غير محدود وأنها لا تنقطع أبدا ، إلا أن يحدث المبتاع بناء أو تغييرا كثيرا بمعرفته وهو حاضر عالم ساكت ، ومرة حدد هذا الوقت بسنة ، وهو الأشهر كما يقول ابن رشد وقيل أكثر من السنة وقد قيل عنه أن الخمسة أعوام لا تنقطع فيها الشفعة [٤] .

٣١ - والأظهر عند الشافعية أن الشفعة يجب طلبها على الفور لأنها حق ثبت لدفع الضرر

(١) تبيين الحقائق ٥ / ٢٤٣ ، ابن عابدين ٦ / ٢٢٤ - ٢٢٥ ، منتهى الإرادات ١ / ٥٢٨ ، المقنع ٢ / ٢٦٠ .

(٢) حديث : « الشفعة كحل العقال » أخرجه ابن ماجة (٢ / ٨٣٥ ط الحلبي) من حديث ابن عمر ، وضعف إسناده البوصيري في مصباح الزجاجة (٢ / ٦٢ - ط دار الجنان)، وانظر سبل السلام ٣/٧٦ .

(١) البدائع ٦ / ٢٧١١ ، الهداية مع فتح القدير ٩ / ٣٨٢

(٢) ابن عابدين ٦ / ٢٢٤ ، ٢٢٥

(٣) البدائع ٦ / ٢٧١٣ ، الهداية مع الفتح ٩ / ٣٨٤ ، والزيلعي ٥ / ٢٤٢ .

(٤) بداية المجتهد لابن رشد ٢ / ٢٦٣ وما بعدها ، والدسوقي على الشرح الكبير ٣ / ٤٨٤

فكان على الفور كالرد بالعيب ، وهو موافق لرواية الأصل والصحيح من مذهب الحنابلة ، ومقابل الأظهر ثلاثة أقوال :

أحدها : أن حق الشفعة مؤقت بثلاثة أيام بعد المكنة ، فإن طلبها إلى ثلاث كان على حقه ، وإن مضت الثلاث قبل طلبه بطلت .

والقول الثاني : تمتد مدة تسع التأمل في مثل ذلك الشقص .

والثالث : أن حق الشفعة ممتد على التأبيد ما لم يسقطه أو يعرِّض بإسقاطه [1] .

وقد استثنى بعض الشافعية عشر صور لا يشترط فيها الفور هي :-

(١) لو شرط الخيار للبائع أو لهما فإنه لا يؤخذ بالشفعة ما دام الخيار باقيا .

(٢) إن له التأخير لانتظار ادراك الزرع وحصاده على الأصح .

(٣) أذا أخبر بالبيع على غير ما وقع من زيادة في الثمن فترك ثم تبين خلافه فحقه باق .

(٤) إذا كان أحد الشفيعين غائبا فللحاضر انتظاره وتأخير الأخذ إلى حضوره .

(٥) إذا اشترى بمؤجل .

(٦) لو قال : لم أعلم أن لى الشفعة وهو ممن - يخفى عليه ذلك .

(٧) لو قال العامي : لم أعلم أن الشفعة على الفور ، فإن المذهب هنا وفى الرد بالعيب قبول قوله .

(٨) لو كان الشقص الذى يأخذ بسببه مغصوباً كما نص عليه البويطي فقال : وإن كان في يد رجل شقص من دار فغصب على نصيبه ثم باع الآخر نصيبه ثم رجع إليه فله الشفعة ساعة رجوعه إليه ، نقله البلقيني .

(٩) الشفعة التى يأخذها الولي لليتيم ليست على الفور ، بل حق الولي على التراخي قطعا ، حتى لو أخرها أو عفا عنها لم يسقط لأجل اليتيم .

(١٠) لو بلغه الشراء بثمن مجهول فأخر ليعلم لا يبطل ، قاله القاضى حسين [1] .

٣٢ - والصحيح في مذهب الحنابلة - أن حق الشفعة على الفور إن طالب بها ساعة يعلم بالبيع وإلا بطلت ، نص عليه أحمد في رواية أبي طالب ، وحكي عنه رواية ثانية أن الشفعة على التراخي لا تسقط مالم يوجد منه ما يدل على الرضى من عفو أو مطالبة بقسمة ونحو ذلك [2] .

---

(١) مغني المحتاج ٢ / ٣٠٧ ، ونهاية المحتاج ٥ / ٢١٣ .

(١) مغني المحتاج ٢ / ٣٠٧ .

(٢) المغني ٥ / ٤٧٧ ، وما بعدها ، منتهى الإرادات ١ / ٥٢٨ ، المقنع ٢ / ٢٦٠ .

وإن كان للشفيع عذر يمنعه الطلب مثل أن لايعلم بالبيع فأخر إلى أن علم وطالب ساعة علم أو علم الشفيع بالبيع ليلا فأخر الطلب إلى الصبح أو أخر الطلب لشدة جوع أو عطش حتى يأكل ويشرب ، أو أخر الطلب محدث لطهارة أو إغلاق باب أو ليخرج من الحمام أو ليقضي حاجته ، أو ليؤذن ويقيم ويأتي بالصلاة بسننها ، أو ليشهدها في جماعة يخاف فوتها ونحوه ، كمن علم وقد ضاع منه مال فأخر الطلب يلتمس ماسقط منه لم تسقط الشفعة ، لأن العادة تقديم هذه الحوائج ونحوها على غيرها فلا يكون الاشتغال بها رضا بترك الشفعة ، كما لو أمكنه أن يسرع في مشيه أو يحرك دابته فلم يفعل ومضي على حسب عادته ، وهذا ما لم يكن المشتري حاضرا عند الشفيع في هذه الأحوال ، فتسقط بتأخيره ، لأنه مع حضوره يمكنه مطالبته من غير اشتغال عن أشغاله إلا الصلاة فلا تسقط الشفعة بتأخير الطلب للصلاة وسننها ، ولو مع حضور المشتري عند الشفيع ، لأن العادة تأخير الكلام عن الصلاة ، وليس على الشفيع تخفيف الصلاة ولا الاقتصار على أقل ما يجزىء في الصلاة [١].

(١) كشاف القناع ٤ / ١٤١ ، ١٤٢ .

الإشهاد على طلب المواثبة :

٣٣ - الإشهاد ليس بشرط لصحة طلب المواثبة فلو لم يشهد صح طلبه فيما بينه وبين الله ، وإنما الإشهاد للإظهار عند الخصومة على تقدير الإنكار ، لأن من الجائز أن المشتري لا يصدق الشفيع في الطلب أو لا يصدقه في الفور ويكون القول قوله فيحتاج إلى الإظهار بالبينة عند القاضي على تقدير عدم التصديق ، لا أنه شرط صحة الطلب ، هذا عند الحنفية والشافعية . قال الشافعية إن كان للشفيع عذر يمنع المطالبة ، فليوكل في المطالبة أو يشهد على طلب الشفعة ، فإن ترك المقدور عليه منها بطل حقه في الأظهر [١] .

وعند الحنابلة : تسقط الشفعة بسيره إلى المشتري في طلبها بلا إشهاد ، ولا تسقط إن أخر طلبه بعد الإشهاد ، أي أن الحنابلة يشترطون الإشهاد لصحة الطلب [٢] . ويصح الطلب بكل لفظ يفهم منه طلب الشفعة كما لو قال : طلبت الشفعة أو أطلبها أو أنا طالبها ، لأن الاعتبار للمعنى [٣] .

(١) البدائع ٦/٢٧١١ ، الهداية مع فتح القدير ٩/٣٨٣ ، ومغنى المحتاج ٢/٣٠٧ .

(٢) منتهى الإرادات ١ / ٥٢٨ ، المقنع ٢ / ٢٦٠ - ٢٦١ .

(٣) الهداية مع فتح القدير ٩ / ٣٨٣ ، تبيين الحقائق ٥ / ٢٤٣ ، ابن عابدين ٦ / ٢٢٥ ، ومنتهى الإرادات ١ / ٥٢٨ .

ب - طلب التقرير والإشهاد :

٣٤ - هذه المرحلة من المطالبة اختص بذكرها الحنفية فقالوا : يجب على الشفيع بعد طلب المواثبة أن يشهد ويطلب التقرير [١] . وطلب التقرير هو أن يشهد الشفيع على البائع إن كان العقار المبيع في يده ، أو على المشتري وإن لم يكن العقار في يده ، أو عند المبيع بأنه طلب ويطلب فيه الشفعة الآن .

والشفيع محتاج إلى الإشهاد لاثباته عند القاضي ولا يمكنه الإشهاد ظاهرا على طلب المواثبة لأنه على فور العلم بالشراء - عند البعض - فيحتاج بعد ذلك إلى طلب الإشهاد والتقرير [٢] .

٣٥ - ولبيان كيفيته نقول : المبيع إما أن يكون في يد البائع وإما أن يكون في يد المشتري ، فإن كان في يد البائع فالشفيع بالخيار إن شاء طلب من البائع ، وإن شاء طلب من المشتري وإن شاء طلب عند المبيع .

أما الطلب من البائع والمشتري فلأن كل واحد منهما خصم البائع باليد والمشتري بالملك ، فصح الطلب من كل واحد منهما .

وأما الطلب عند المبيع فلأن الحق متعلق به ، فإن سكت عن الطلب من أحد المتبايعين وعند المبيع مع القدرة عليه بطلت شفعته لأنه فرّط في الطلب .

وإن كان في يد المشتري فإن شاء طلب من المشتري وإن شاء عند المبيع ، ولا يطلب من البائع لأنه خرج من أن يكون خصما لزوال يده ولا ملك له فصار بمنزلة الأجنبي .

هذا إذا كان قادرا على الطلب من المشتري أو البائع أو عند المبيع [١] .

والإشهاد على طلب التقرير ليس بشرط لصحته وإنما هو لتوثيقه على تقدير الإنكار كما في طلب المواثبة . وتسمية المبيع وتحديده ليست بشرط لصحة الطلب والإشهاد في ظاهر الرواية ، وروي عن أبي يوسف أنه شرط ، لأن الطلب لا يصح إلا بعد العلم والعقار لا يصير معلوما إلا بالتحديد فلا يصح الطلب والإشهاد بدونه [٢] .

٣٦ - واختلفت عبارات مشايخ الحنفية في ألفاظ الطلب ، وصحح الكاساني أنه لو أتى بلفظ يدل على الطلب أي لفظ كان يكفي ، نحو أن يقول : ادعيت الشفعة أو سألت الشفعة ونحو ذلك مما يدل على الطلب ، قال

---

(١) تبيين الحقائق ٥ / ٢٤٤ ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٢٥ .

(٢) الهداية مع فتح القدير ٩ / ٣٨٣ .

(١) البدائع ٦ / ٢٧١٣ ، الهداية مع فتح القدير ٩ / ٣٨٤ ، الزيلعي شرح الكنز ٥ / ٢٤٢ .

(٢) البدائع ٦/٧١٤م والهداية مع فتح القدير ٩/٣٨٥ .

الكاساني : لأن الحاجة إلى الطلب ، ومعنى الطلب يتأدى بكل لفظ يدل عليه ، سواء أكان بلفظ الطلب أم بغيره ، ومن صور هذا الطلب ما ذكر في الهداية والكنز ، وهي أن يقول الشفيع : إن فلانا اشترى هذه الدار وأنا شفيعها ، وقد كنت طلبت الشفعة وأطلبها الآن فاشهدوا على ذلك [١] .

٣٧ - وأما حكم هذا الطلب عند الحنفية فهو استقرار الحق ، فالشفيع إذا أتى بطلبين صحيحين (طلب المواثبة وطلب التقرير) استقر الحق على وجه لا يبطل بتأخير المطالبة أمام القاضي بالأخذ بالشفعة أبدا حتى يسقطها بلسانه ، وهو قول أبى حنيفة وإحدى الروايتين عن أبي يوسف ، وفي رواية أخرى قال : إذا ترك المخاصمة إلى القاضي في زمان يقدر فيه على المخاصمة بطلت شفعته ، ولم يؤقت فيه وقتا ، وروي عنه أنه قدّره بما يراه القاضي ، وقال محمد وزفر ، إذا مضى شهر بعد الطلب ولم يطلب من غير عذر بطلت شفعته ، وهو رواية عن أبي يوسف أيضا وبه أخذت المجلة [٢] . وجه قول محمد وزفر : أن حق الشفعة ثبت لدفع الضرر عن الشفيع ولا يجوز دفع الضرر عن الإنسان على وجه يتضمن الاضرار بغيره ، وفي إبقاء هذا الحق بعد تأخير الخصومة أبداً إضرار بالمشتري ، لأنه لا يبنى ولا يغرس خوفا من النقض والقلع فيتضرر به ، فلا بد من التقدير بزمان ، وقدر بالشهر لأنه أدنى الآجال ، فإذا مضى شهر ولم يطلب من غير عذر فقد فرط في الطلب فتبطل شفعته .

ووجه قول أبي حنيفة ، أن الحق للشفيع قد ثبت بالطلبين والأصل أن الحق متى ثبت لإنسان لا يبطل إلا بإبطاله ولم يوجد لأن تأخير المطالبة منه لا يكون إبطالا ، كتأخير استيفاء القصاص وسائر الديون [١] .

ج - طلب الخصومة والتملك :

٣٨ - طلب الخصومة والتملك هو طلب المخاصمة عند القاضي ، فيلزم أن يطلب الشفيع ويدعى في حضور الحاكم بعد طلب التقرير والإشهاد .

ولا تسقط الشفعة بتأخير هذا الطلب عند أبي حنيفة ، وهو رواية عن أبي يوسف ، وقال محمد وزفر إن تركها شهرا بعد الإشهاد بطلت .

ولا فرق في حق المشتري بين الحضر والسفر ، ولو علم أنه لم يكن في البلد قاض لا تبطل شفعته بالتأخير بالاتفاق . لأنه لا

---

(١) البدائع ٦/٢٧١٤ والهداية مع فتح القدير ٩/٣٨٥ والزيلعي ٥/٢٤٤ .

(٢) مجلة الأحكام العدلية م (١٠٣٤) .

(١) البدائع ٦/٢٧١٤ ومابعدها ، تبيين الحقائق ٥/٢٤٤ .

يتمكن من الخصومة إلا عند القاضي فكان عــذرا .

وإذا تقـدم الشفيع إلى القـاضي فادعى الشراء وطلب الشفعـة سألـه القـاضي فإن اعترف بملكه الذي يشفع به ، وإلا كلفه بإقـامـة البينـة ، لأن اليد ظاهر محتمل فلا تكفي لإثبات الاستحقاق [1] .

فإن عجز عن البينة استحلف المشتري بالله مايعلم أن المدعي مالك للذي ذكره مما يشفع به، فإن نكل أو قامت للشفيع بينة ثبت حقه في المطالبة ، فبعد ذلك يسأل القاضي المدعى عليه هل ابتـاع أم لا ؟ فإن أنكـر الابتياع قيل للشفيع : أقم البينة لأن الشفعة لا تجب إلا بعد ثبوت البيع وثبوته بالحجة - فإن عجـز عنهـا استحلف المشتري بالله ما ابتاع أو بالله ما استحق عليه في هذه الدار شفعة من الوجه الذي ذكره .

ولا يلزم الشـفيع إحضـار الثمن وقت الـدعـوى بل بعـد القضـاء ، فيجـوز لـه المنازعة وإن لم يحضر الثمن إلى مجلس القضـــاء [2] .

(١) الهداية مع فتح القدير ٩ / ٣٨٥ ، وانظر شرح الكنز ٥ / ٢٤٥ ، وابن عابدين ٦ / ٢٢٦ .

(٢) الهداية ٩ / ٣٨٦ ، وتبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ٥ / ٢٤٥ .

الشفعة للذمي على المسلم :

٣٩ - أجمـع الفقهـاء على ثبـوت الشفعـة للمسلم على الذمي ، وللذمي على الذمي ، واختلفوا في ثبوتها للذمي على المسلم ولهم فى ذلك قولان :

الـقـول الأول : ذهـب الحـنـفية ، والمالكية ، والشافعية ، إلى ثبوتها للذمي على المسلم أيضا [1] .

واستـدلـوا بعمـوم الأحـاديث الواردة في الشفعـة التى سبقت كحديث جابر- رضي الله عنـــه - أن النبي صلى الله عليه وسلم « قضى بالشفعـة في كل شركـة لم تقسم ، ربعة أو حائط لا يحل له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن شاء أخذ وإن شاء ترك فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به » [2] .

وبالإجماع لما روي عن شريح أنه قضى بالشفعة للذمي على المسلم وكتب بذلك إلى عمـر بن الخطاب - رضي الله عنه - فأجازه وأقره ، وكان ذلك في محضر من الصحابة ولم

(١) المبسـوط ١٤ / ٩٣ ، تبيين الحقـائق شرح كنز الدقائق ٥ / ٢٤٩ - ٢٥٠ ، وحـاشية الـدسـوقي ٣ / ٤٧٣ ، الخـرشي ٦ / ١٦٢ ، الشرح الـصـغـير للدردير ٢ / ٢٢٧ ، مواهب الجليل ٥ / ٣١٠ ، منح الجليل على مختصر خليل ٣ / ٥٨٣ ، ونهاية المـحـتـاج ٥ / ١٩٦ ، مغني المحتاج ٢ / ٢٩٨ ، فتح العزيز ١١ / ٣٩٢ .

(٢) حديث جابر : « قضى بالشفعة » تقدم تخريجه ف ٤

ينكر أحد منهم عليه فكان ذلك إجماعا [1] .

ولأن الذمي كالمسلم في السبب والحكمة وهما اتصال الملك بالشركة أو الجوار ، ودفع الضرر عن الشريك أو الجار ، فكما جازت الشفعة للمسلم على المسلم فكذلك تجوز للذمي على المسلم [2] .

القول الثاني : ذهب الحنابلة إلى عدم ثبوتها للذمي على المسلم [3] ، واستدلوا على ذلك بما رواه الدارقطني في كتاب العلل عن أنس رضي الله عنه عن النبي صلى الله عليه وسلم أنه قال : « لا شفعة لنصراني » [4] .

وبأن الشريعة إنما قصدت من وراء تشريع الشفعة الرفق بالشفيع ، والرفق لا يستحقه إلا من أقرّ بها وعمل بمقتضاها والذمي لم يقر بها ولم يعمل بمقتضاها فلا يستحق الرفق المقصود بتشريع الشفعة فلا تثبت له على المسلم .

وبأن في إثبات الشفعة للذمي على المسلم تسليطا له عليه بالقهر والغلبة وذلك ممتنع بالاتفاق [5] .

(١) شرح الهداية ٧ / ٤٣٦ ، المبسوط ١٤ / ٩٣ .

(٢) العناية ٥ / ٤٣٦ ، ومنح الجليل ٣ / ٥٨٣

(٣) المغني ٥ / ٥٥١ ، منتهى الإرادات ١ / ٥٣٥ ، المقنع ٢ / ٢٧٥ .

(٤) حديث : « لا شفعة لنصراني . . . » أخرجه البيهقي (٦ / ١٠٨ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) واستنكره ، ونقل عن ابن عدي إعلاله .

(٥) المغني ٥ / ٥٥١ .

تعدد الشفعاء وتزاحمهم :

أولا . عند اتحاد سبب الشفعة :

٤٠ ـ اختلف الفقهاء في كيفية توزيع المشفوع فيه على الشفعاء عند اتحاد سبب الشفعة لكل منهم بأن كانوا جميعا من رتبة واحدة ـ أي شركاء مثلا ـ .

فذهب المالكية ، والشافعية ، في الأظهر ، والحنابلة على الصحيح من المذهب إلى أنه إذا تعدد الشفعاء وزعت الشفعة عليهم بقدر الحصص من الملك ، لا على عدد الرءوس . ووجه ذلك عندهم ، أنها مستحقة بالملك فقسط على قدره كالأجرة والثمن [1] .

وذهب الحنفية : والشافعية في قول : والحنابلة في قول ، إلى أنها تقسم على عدد الرءوس لا على قدر الملك .

ووجه ذلك أن السبب في موضوع الشركة أصل الشركة ، وقد استويا فيه فيستويان في الاستحقاق [2] .

(١) حاشية الدسوقي ٣ / ٤٨٦ ، وما بعدها ، شرح منح الجليل ٣ / ٥٨٦ ، بلغة السالك ٢ / ٢٣٣ ، الخرشي ٦ / ١٧٣ ، مواهب الجليل ٥ / ٣٢٥ ، ومغني المحتاج ٢ / ٣٠٥ ، نهاية المحتاج ٥ / ٢١١ ، الأم ٤ / ٣ ، حاشية البجيرمي ٣ / ١٤٣ ، والمغني ٥ / ٥٢٣ ، ومنتهى الإرادات ١ / ٥٢٩ .

(٢) البدائع ٦ / ٢٦٨٣ ، ٢٦٨٤ المبسوط ١٤ / ٩٧ ، شرح العناية على الهداية ٩ / ٣٧٨ ، ابن عابدين=

٤١ - وكما يقسم المشفوع فيه على الشركاء بالتساوي عند الحنفية ، يقسم أيضا على الجيران بالتساوي بصرف النظر عن مقدار المجاورة ، فإذا كان لدار واحدة شفيعان جاران جوارهما على التفاوت بأن كان جوار أحدهما بخمسة أسداس الدار وجوار الآخر بسدسها ، كانت الشفعة بينهما نصفين لاستوائهما في سبب الاستحقاق ، وهو أصل الجوار .

فالقاعدة عند الحنفية هي أن العبرة في السبب أصل الشركة لا قدرها ، وأصل الجوار لا قدره ، وهذا يعم حال انفراد الأسباب واجتماعها [1] .

ثانيا : عند اختلاف سبب الشفعة :

٤٢ - ذهب الحنفية إلى أن أسباب الشفعة إذا اجتمعت يراعى فيها الترتيب بين الشفعاء فيقدم الأقوى فالأقوى ، فيقدم الشريك في نفس المبيع على الخليط في حق المبيع ، ويقدم الخليط في حق المبيع على الجار الملاصق لما روي عن رسول الله ﷺ أنه قال : « الشريك أحق من الخليط والخليط أحق من غيره » [1] ولأن المؤثر في ثبوت حق الشفعة هو دفع ضرر الدخيل وأذاه وسبب وصول الضرر والأذى هو الاتصال ، والاتصال على هذه المراتب ، فالاتصال بالشركة في عين المبيع أقوى من الاتصال بالخلط ، والاتصال بالخلط أقوى من الاتصال بالجوار ، والترجيح بقوة التأثير ترجيح صحيح . فإن سلم الشريك وجبت للخليط .

وإن اجتمع خليطان يقدم الأخص على الأعم ، وإن سلم الخليط وجبت للجار لما قلنا ، وهذا على ظاهر الرواية ، وروي عن أبي يوسف أنه إذا سلم الشريك فلا شفعة لغيره [2] .

فعلى ظاهر الرواية ليس للمتأخر حق إلا سلم المتقدم ، فإن سلم فللمتأخر أن يأخذ بالشفعة ، لأن السبب قد تقرر في حق الكل

---

٦ / ٢١٩ شرح الكنز للزيلعي ٥ / ٢٤١ ، ونهاية المحتاج ٥ / ٢١٣ ، تكملة المجموع ١٤ / ١٥٨ ، ومنتهى الإرادات ١ / ٥٢٩ ، المقنع ٢ / ٢٦٣ - ٢٦٤ .

(١) البدائع ٦ / ٢٦٨٣ ، ٢٦٨٤ .

(١) حديث : « الشريك أحق من الخليط . . » قال الزيلعي في نصب الراية (٤ / ١٧٦ - ط المجلس العلمي) : « غريب ، وذكره ابن الجوزي في التحقيق وقال : إنه حديث لا يعرف ، وإنما المعروف مارواه سعيد بن منصور . . ثم ذكر إسناده إلى الشعبي قال : قال رسول الله ﷺ : « الشفيع أولى من الجار ، والجار أولى من الجنب » . انتهى - يعني الصواب من حديث الشعبي مرسلا .

(٢) البدائع ٦ / ٢٦٩٠ ، المبسوط ١٤ / ٩٤ - ٩٦ ، تكملة فتح القدير ٩ / ٣٧٥ ، تبيين الحقائق ٥ / ٢٣٩ ، ٢٤٠ ، ابن عابدين ٦ / ٢١٩ وما بعدها .

إلا أن للشريك حق التقدم .

ولكن بشرط أن يكون الجار طلب الشفعة مع الشريك إذا علم بالبيع ليمكنه الأخذ إذا سلم الشريك ، فإن لم يطلب حتى سلم الشريك فلا يحق له بعد ذلك [1] . والشافعية والحنابلة لا يثبتون الشفعة إلا للشريك في الملك .

أما المالكية فلا يتأتى التزاحم عندهم لأنهم وإن وافقوهم في ذلك ، إلا أنهم ذهبوا مذهبا آخر فجعلوها للشركاء في العقار دون ترتيب إذا ما كانوا في درجة واحدة ، وذلك عندما يكون كل شريك أصلا في الشركة لا خلفا فيها عن غيره . أما إذا كان بعضهم خلفا في الشركة عن غيره دون بعض فلا تكون لهم على السواء وإنما يقدم الشريك في السهم المباع بعضه على الشريك في أصل العقار ، ويظهر ذلك في الورثة ، فإذا كانت دار بين اثنين فمات أحدهما عن جدتين ، وزوجتين ، وشقيقتين ، فباعت إحدى هؤلاء حظها من الدار كانت الشفعة أولا لشريكتها في السهم دون بقية الورثة والشريك الأجنبي ، فتكون الجدة - مثلا - أولى بما تبيع صاحبتها (وهى الجدة الأخرى) لاشتراكهما في السدس ، وهكذا [1] .

وعند المالكية أيضا ، إن أعار شخص أرضه لقوم يبنون فيها أو يغرسون فيها ففعلوا ثم باع أحدهم حظه من البناء أو الشجر قدم الشخص المعير على شركاء البائع في أخذ الحظ المبيع بقيمة نقضه منقوضا أو بثمنه الذى بيع به فالخيار له عند ابن الحاجب ، هذا في الإعارة المطلقة ، وأما المقيدة بزمن معلوم ولم ينقض فقال ابن رشد : إن باع أحدهم حظه قبل انقضاء أمد الإعارة على البقاء فلشريكه الشفعة ولا مقال لرب الأرض إن باعه على البقاء ، وإن باعه على النقض قدم رب الأرض .

فإذا بنى رجلان فى عرصة رجل بإذنه ، ثم باع أحدهما حصته من النقض فلرب الأرض أخذه بالأقل من قيمته مقلوعا أو من الثمن الذى باعه به ، فإن أبى فلشريكه الشفعة للضرر إذ هو أصل الشفعة [2] .

ثالثا : مزاحمة المشتري الشفيع لغيره من الشفعاء :

٤٣ - إذا كان المشتري شفيعا ، فإنه يزاحم

---

(١) العناية على الهداية ٩ / ٣٧٦ ، والبدائع ٦ / ٢٦٩٠ ، والمبسوط ١٤ / ٩٦ . وتبيين الحقائق ٥ / ٢٤٠ .

(١) شرح منح الجليل على مختصر خليل ٣ / ٦٠٢ ، الخرشي ٦ / ١٧٧ - ١٧٨ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٤٩٢ وما بعدها .

(٢) شرح منح الجليل ٣ / ٥٩٢ ، مواهب الجليل ٥ / ٣١٨ ، الخرشي ٦ / ١٦٧ - ١٦٨ .

غيره من الشفعاء بقوة سببه ويزاحمونه كذلك بقوة السبب ويقاسمهم ويقاسمونه إذا كانوا من درجة واحدة .

فالمشترى الشفيع يقدم على من دونه في سبب الشفعة ، ويقدم عليه من هو أعلى منه في السبب [1] .

وعلى هذا إذا تساوى المشتري مع الشفعاء في الرتبة فإنه يكون شفيعا مثلهم فيشاركهم ولا يقدم أحدهم على الآخر بشيء ويقسم العقار المشفوع فيه على قدر رءوسهم عند الحنفية ، وعلى قدر أملاكهم عند غيرهم كما هو أصل كل منهم في تقسيم المشفوع فيه على الشفعاء في حالة ما إذا كان المشتري أجنبيا [2] .

طريق التملك بالشفعة :

٤٤ - اختلف الفقهاء في كيفية التملك بالشفعة ، فذهب الحنفية إلى أنه لا يثبت الملك للشفيع إلا بتسليم المشتري بالتراضي ، أو بقضاء القاضي .

أما التملك بالتسليم من المشتري فظاهر ، لأن الأخذ بتسليم المشتري برضاه ببدل يبذله الشفيع وهو الثمن يفسر الشراء والشراء تملك .

وأما قضاء القاضي فلأنه نقل للملك عن مالكه إلى غيره قهرا ، فافتقر إلى حكم الحاكم كأخذ دينه . وإذا قضى القاضي بالشفعة وكان المبيع في يد البائع ، فقال بعض مشايخ الحنفية : البيع لا ينتقض بل تتحول الصفقة إلى الشفيع .

وقال بعضهم : ينتقض البيع الذي جرى بين البائع والمشتري وينعقد للشفيع بيع آخر ، وهو المشهور ووجه من قال بالتحول ، أن البيع لو انتقض لتعذر الأخذ بالشفعة ، لأن البيع من شرائط وجوب الشفعة فإذا انتقض لم يجب فتعذر الأخذ .

ووجه من قال إنه ينتقض ، نص كلام محمد حيث قال : انتقض البيع فيما بين البائع والمشتري وهذا نص في الباب .

ومن المعقول أن القاضي إذا قضى بالشفعة قبل القبض فقد عجز المشتري عن قبض المبيع والعجز عن قبضه يوجب بطلان البيع لخلوه عن الفائدة ، كما إذا هلك المبيع قبل القبض .

ولأن الملك قبل الأخذ بالشفعة للمشتري لوجود آثار الملك في حقه ولو تحول الملك إلى

---

(١) الهندية ٥ / ١٧٨ - ٤٨٨ ، حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٣٩ ، شرح منح الجليل على مختصر خليل ٣ / ٦٠٢ ، الخرشي ٦ / ١٦٤ .

(٢) المراجع السابقة ، والمغني ٥/ ٥٢٥ وما بعدها ، وانظر منتهى الإرادات ١ / ٥٣٠ ، المقنع ٢ / ٢٦٤ .

الشفيع لم يثبت الملك للمشتري [١] .

٤٥ ـ وإن كان المبيع في يد المشتري أخذه منه ودفع الثمن إلى المشترى ، والبيع الأول صحيح ، لأن استحقاق التملك وقع على المشتري فيجعل كأنه اشترى منه .

ثم إذا أخذ الدار من يد البائع يدفع الثمن إلى البائع وكانت العهدة عليه ، ويسترد المشتري الثمن من البائع إن كان قد نقد .

وإن أخذها من يد المشتري دفع الثمن إلى المشتري ، وكانت العهدة عليه ، لأن العهدة هي من الرجوع بالثمن عند الاستحقاق فيكون على من قبضه .

وروي عن أبي يوسف ، أن المشتري إذا كان نقد الثمن ولم يقبض الدار حتى قضي للشفيع بمحضر منهما أن الشفيع يأخذ الدار من البائع وينقد الثمن للمشتري والعهدة على المشتري ، وإن كان لم ينقد دفع الشفيع الثمن إلى البائع ، والعهدة على البائع [٢] .

٤٦ ـ وشرط جواز القضاء بالشفعة عند الحنفية : حضور المقضي عليه ، لأن القضاء على الغائب لايجوز ، فإن كان المبيع في يد البائع فلا بد من حضور البائع والمشتري جميعا ، لأن كل واحد منهما خصم ، أما البائع فباليد ، وأما المشتري فبالملك فكان كل واحد منهما مقضيا عليه فيشترط حضورهما لئلا يكون قضاء على الغائب من غير أن يكون عنه خصم حاضر .

وأما إن كان في يد المشتري فحضور البائع ليس بشرط ، ويكتفى بحضور المشتري لأن البائع خرج من أن يكون خصما لزوال ملكه ويده عن المبيع فصار كالأجنبي ، وكذا حضور الشفيع أو وكيله شرط جواز القضاء له بالشفعة ، لأن القضاء على الغائب كما لا يجوز ، فالقضاء للغائب لا يجوز أيضا ، ثم القاضي إذا قضى بالشفعة يثبت الملك للشفيع ولا يقف ثبوت الملك له على التسليم ، لأن الملك للشفيع يثبت بمنزلة الشراء ، والشراء الصحيح يوجب الملك بنفسه [١] .

٤٧ ـ ووقت القضاء بالشفعة ، هو وقت المنازعة والمطالبة بها فإذا طالبه بها الشفيع يقضي له القاضي بالشفعة ، سواء أحضر الثمن أم لا في ظاهر الرواية ، وللمشتري أن يحبس الدار حتى يستوفي الثمن من الشفيع وللبائع حق حبس المبيع لا ستيفاء الثمن ، فإن أبى أن ينقد حبسه القاضي ، لأنه ظهر

---

(١) البدائع ٦ / ٢٧٢٤ ، وابن عابدين ٦ / ٢١٩ ، وتبيين الحقائق ٥ / ٢٤٢ .

(٢) البدائع ٦ / ٢٧٢٥ ، ٢٧٢٦ وما بعدها .

(١) البدائع ٦ / ٢٧٢٧ ، المبسوط ١٤ / ١٠٢ ، تبيين الحقائق على الكنز ٥ / ٢٤٥ ، ٢٤٦ .

ظلمه بالامتناع من إيفاء حق واجب عليه ، فيحبسه ولا ينقض الشفعة ، وإن طلب أجلا أجله يوما أو يومين أو ثلاثة ، لأنه لا يمكنه النقد للحال فيحتاج إلى مدة يتمكن فيها من النقد فيمهله ولا يحبسه ، فإن مضى الأجل ولم ينقد حبسه .

وقال محمد : لا ينبغي للقاضي أن يقضي بالشفعة حتى يحضر الشفيع المال ، فإن طلب أجلا أجله يوما أو يومين أو ثلاثة أيام ولم يقض له بالشفعة ، فإن قضى بالشفعة ثم أبى الشفيع أن ينقد حبسه [١] .

وذهب المالكية إلى أن الشفيع يملك الشقص بأحد أمور ثلاثة :ـ

أ ـ حكم الحاكم له .

ب ـ دفع ثمن من الشفيع للمشتري .

ج ـ الإشهاد بالأخذ ولو في غيبة المشتري ، وقيل لا بد أن يكون بحضوره [٢] .

وقال الشافعية : لا يشترط في التملك بالشفعة حكم الحاكم ، ولا إحضار الثمن ، ولا حضور المشتري ولا رضاه ، ولا بد من جهة الشفيع من لفظ ، كقوله : تملكت ، أو اخترت الأخذ بالشفعة ، أو أخذته بالشفعة ، وماأشبهه. وإلا ، فهو من باب المعاطاة . ولو قال : أنا مطالب بالشفعة ، لم يحصل به التملك على الأصح ، وبه قطع المتولي . ولذلك قالوا : يعتبر في التملك بها ، أن يكون الثمن معلوما للشفيع ، ولم يشترطوا ذلك في الطلب . ثم لا يملك الشفيع بمجرد اللفظ ، بل يعتبر معه أحد أمور .

الأول : أن يسلّم العوض إلى المشتري ، فيملك به إن استلمه ، وإلا فيخلي بينه وبينه ، أو يرفع الأمر إلى القاضي حتى يلزمه التسليم .

قال النووي : أو يقبض عنه القاضي .

الثاني : أن يسلّم المشتري الشقص ويرضى بكون الثمن في ذمة الشفيع ، إلا أن يبيع ، ولو رضي بكون الثمن في ذمته ، ولم يسلم الشقص ، فوجهان .

أحدهما : لا يحصل الملك ، لأن قول المشتري وعد . وأصحهما : الحصول ، لأنه معاوضة ، والملك في المعاوضات لا يقف على القبض .

الثالث : أن يحضر مجلس القاضي ويثبت حقه بالشفعة ، ويختار التملك ، فيقضي القاضي له بالشفعة ، فوجهان . أحدهما : لا يحصل الملك حتى يقبض عوضه ، أو يرضى بتأخره ، وأصحهما : الحصول .

---

(١) البدائع ٦ / ٢٧٢٨ ، الزيلعي ٥ / ٢٤٥

(٢) حاشية الدسوقي ٣ / ٤٨٧ ، وما بعدها ، الخرشي ٦ / ١٧٤ .

وإذا ملك الشفيع الشقص بغير الطريق الأول ، لم يكن له أن يتسلّمه حتى يؤدي الثمن ، وأن يسلّمه المشتري قبل أداء الثمن ولا يلزمه أن يؤخر حقه بتأخير البائع حقه . وإذا لم يكن الثمن حاضرا وقت التملك ، أمهل ثلاثة أيام . فإن انقضت ولم يحضره فسخ الحاكم تملكه ، هكذا قاله ابن سريج والجمهور . وقيل : إذا قصر في الأداء ، بطل حقه . وإن لم يوجد ، رفع الأمر إلى الحاكم وفسخ منه [١].

وذهب الحنابلة إلى أن الشفيع يملك الشقص بأخذه بكل لفظ يدل على أخذه ، بأن يقول قد أخذته بالثمن أو تملكته بالثمن أو اخترت الأخذ بالشفعة ، ونحو ذلك إذا كان الثمن والشقص معلومين ، ولا يفتقر إلى حكم حاكم .

وقال القاضي وأبو الخطاب : يملكه بالمطالبة ، لأن البيع السابق سبب ، فإذا انضمت إليه المطالبة كان كالإيجاب في البيع انضم إليه القبول .

واستدلوا بأن حق الشفعة ثبت بالنص والإجماع فلم يفتقر إلى حكم حاكم كالرد بالعيب .

وعلى هذا فإنه إذا قال قد أخذت الشقص

(١) روضة الطالبين ٥ / ٨٣ ـ ٨٥ .

بالثمن الذى تم عليه العقد ، وهو عالم بقدره وبالمبيع صح الأخذ ، وملك الشقص ولا خيار للشفيع ولا للمشتري ، لأن الشقص يؤخذ قهرا والمقهور لا خيار له . والآخذ قهرا لا خيار له أيضا .

وإن كان الثمن أو الشقص مجهولا لم يملكه بذلك ، لأنه بيع في الحقيقة ، فيعتبر العلم بالعوضين كسائر البيوع ، وله المطالبة بالشفعة ، ثم يتعرف مقدار الثمن من المشتري أو من غيره والمبيع فيأخذه بثمنه ويحتمل أن له الأخذ مع جهالة الشقص بناء على بيع الغائب [١].

البناء والغراس في المال المشفوع فيه :

٤٨ ـ اختلف الفقهاء فيما إذا بنى المشتري في الأرض المشفوع فيها أو غرس فيها ، ثم قضي للشفيع بالشفعة ، وسبب الاختلاف على ما قال ابن رشد هو تردد تصرف المشفوع عليه العالم بوجوب الشفعة عليه بين شبهة تصرف الغاصب وتصرف المشتري الذى يطرأ عليه الاستحقاق وقد بنى في الأرض وغرس وذلك أنه وسط بينهما .

فمن غلب عليه شبه الاستحقاق لم يكن له أن يأخذ القيمة ، ومن غلب عليه شبه التعدي كان له أن يأخذه بنقضه أو يعطيه

(١) المغني ٥ / ٤٧٤ ، ٤٧٥ .

قيمته منقوضا [١] .

وذهب الحنفية إلى أنه إذا بنى المشتري في الأرض المشفوع فيها أو غرس ، ثم قضي للشفيع بالشفعة فهو بالخيار ، إن شاء أخذها بالثمن والبناء والغرس بقيمته مقلوعا ، وإن شاء أجبر المشتري على قلعهما ، فيأخذ الأرض فارغة . وهذا هو جواب ظاهر الرواية .

ووجه ظاهر الرواية . أنه بنى في محل تعلق به حق متأكد للغير من غير تسليط من جهة من له الحق فينقض كالراهن إذا بنى في المرهون ، وهذا لأن حقه أقوى من حق المشتري ، لأنه يتقدم عليه ، ولهذا ينقض بيعه وهبته وتصرفاته .

وروي عن أبي يوسف ، أنه لا يجبر المشتري على القلع ويخير الشفيع بين أن يأخذ بالثمن وقيمة البناء والغرس وبين أن يترك ، ووجه ذلك عنده أنه محق في البناء ، لأنه بناه على أن الدار ملكه ، والتكليف بالقلع من أحكام العدوان وصار كالموهوب له والمشترى شراء فاسدا ، وكما إذا زرع المشتري فإنه لا يكلف القلع ، وهذا لأن في إيجاب القيمة دفع أعلى الضررين بتحمل الأدنى فيصار إليه [٢] .

(١) بداية المجتهد ٢ / ٢٦٠ .

(٢) الهداية مع فتح القدير ٩ / ٣٩٨ ، البدائع =

أما الزرع فالقياس قلعه ولكن الاستحسان عدم قلعه ، لأن له نهاية معلومة ويبقى بالأجر وليس فيه كثير ضرر [١] .

وذهب المالكية إلى أنه إذا أحدث المشتري بناء أو غرسا أو ما يشبه ذلك في الشقص قبل قيام الشفيع ، ثم قام الشفيع بطلب شفعته فلا شفعة إلا أن يعطى المشتري قيمة ما بنى وما غرس .

وللمشتري الغلة إلى وقت الأخذ بالشفعة لأنه في ضمانه قبل الأخذ بها والغلة بالضمان [٢] .

وذهب الشافعية إلى أنه إذا بنى المشتري أو غرس أو زرع في الشقص المشفوع ثم علم الشفيع فله الأخذ بالشفعة وقلع بنائه وغرسه وزرعه مجانا لا بحق الشفعة ، ولكن لأنه شريك وأحد الشريكين إذا انفرد بهذه التصرفات في الأرض المشتركة كان للآخر أن يقلع مجانا .

وإن بنى المشتري وغرس في نصيبه بعد القسمة والتمييز ثم علم الشفيع لم يكن له قلعه مجانا ، لأنه بنى في ملكه الذى ينفذ تصرفه فيه فلا يقلع مجانا .

= ٦ / ٢٧٣٩ ، ابن عابدين ٦ / ٢٣٢ - ٢٣٣ .

(١) الهداية مع فتح القدير ٩ / ٣٩٩ .

(٢) بداية المجتهد ٢ / ٢٦٠ ، الخرشي ٦ / ١٦٨ ، ١٦٩ ، وحاشية الدسوقي ٣ / ٤٩٣ .

فإن اختار المشتري قلع البناء أو الغراس فله ذلك ولا يكلف تسوية الأرض . لأنه كان متصرفا في ملكه ، فإن حدث في الأرض نقص فالشفيع إما أن يأخذه على صفته ، وإما أن يترك ، فإن لم يختر المشتري القلع ، فللشفيع الخيار بين إبقاء ملكه في الأرض بأجرة وبين تملكه بقيمته يوم الأخذ ، وبين أن ينقضه ويغرم أرش النقص .

ولو كان قد زرع فيبقى زرعه إلى أن يدرك فيحصده ، وليس للشفيع أن يطالبه بالأجرة على المشهور عندهم [1] .

وذهب الحنابلة إلى أنه إذا بنى المشتري أو غرس أعطاه الشفيع قيمة بنائه أو غرسه ، إلا أن يشاء المشتري أن يأخذ بناءه وغراسه ، فله ذلك إذا لم يكن في أخذه ضرر . لأنه ملكه ، فإذا قلعه فليس عليه تسوية الحفر ولا نقص الأرض ، ذكره القاضي ، لأنه غرس وبنى في ملكه ، وما حدث من النقص إنما حدث في ملكه ، وذلك لا يقابله ثمن .

وظاهر كلام الخرقي ، أن عليه ضمان النقص الحاصل بالقلع ، لأنه اشترط في قلع الغرس والبناء عدم الضرر ، وذلك لأنه نقص دخل على ملك غيره لأجل تخليص ملكه فلزمه ضمانه ، لأن النقص الحاصل

(١) فتح العزيز ١١ / ٤٦٣ ، ونهاية المحتاج ٥ / ٢٠٩ .

بالقلع إنما هو في ملك الشفيع . فأما نقص الأرض الحاصل بالغرس والبناء فلا يضمنه .

فإن لم يختر المشتري القلع فالشفيع بالخيار بين ثلاثة أشياء : -

أ - ترك الشفعة .

ب - دفع قيمة الغراس ، والبناء فيملكه مع الأرض .

ج - قلع الغرس والبناء ويضمن له ما نقص بالقلع [1] .

وإن زرع في الأرض فللشفيع الأخذ بالشفعة ويبقى زرع المشتري إلى أوان الحصاد ، لأن ضرره لا يبقى ولا أجرة عليه لأنه زرعه في ملكه ، ولأن الشفيع اشترى الأرض وفيها زرع للبائع مبقى إلى الحصاد بلا أجرة كغير المشفوع ، وإن كان في الشجر ثمر ظاهر أثمر في ملك المشتري فهو له مبقى إلى الجذاذ كالزرع [2] .

استحقاق المشفوع فيه للغير :

٤٩ - اختلف الفقهاء في عهدة الشفيع أهي على المشتري أم على البائع . يعنى إذا أخذ الشفيع الشقص فظهر مستحقا ، فعلى من يرجع الثمن ؟

فذهب المالكية ، والشافعية والحنابلة إلى

(١) المغني ٥ / ٥٠٠ وما بعدها ، ومنتهى الإرادات ١ / ٥٣٢ .

(٢) المغني ٥ / ٥٠٢ ، والمقنع ٢ / ٢٦٩ .

أنه إذا أخذ الشفيع الشقص فظهر مستحقا فرجوعه بالثمن على المشتري ، ويرجع المشتري على البائع به .

وإن وجده معيبا فله رده على المشتري أو أخذ أرشه منه ، والمشتري يرد على البائع أو يأخذ الأرش منه سواء قبض الشقص من المشتري أو من البائع فالعهدة عندهم على المشتري .

ووجه ذلك عندهم ، أن الشفعة مستحقة بعد الشراء وحصول الملك للمشتري ثم يزول الملك من المشتري إلى الشفيع بالثمن فكانت العهدة عليه ، ولأنه ملكه من جهة المشتري بالثمن فملك رده عليه بالعيب كالمشتري في البيع الأول [١] .

وذهب الحنفية ، إلى أنه إذا قضي للشفيع بالعقار المشفوع فيه فأدى ثمنه ثم استحق المبيع ، فإن أداه للمشتري فعليه ضمانه سواء استحق قبل تسليمه إليه أو بعده ، وإن كان أداه للبائع واستحق المبيع وهو في يده فعليه ضمان الثمن للشفيع .

ويرجع الشفيع بالثمن فقط إن بنى أو غرس ثم استحقت العين ، ولا يرجع بقيمة البناء والغرس على أحد لأنه ليس مقررا به [١] .

وقال ابن أبي ليلى وعثمان البتي : العهدة على البائع ، لأن الحق ثبت له بإيجاب البائع فكان رجوعه عليه كالمشتري [٢] .

تبعة الهلاك :

٥٠ ـ ذهب الحنفية ، إلى أنه إذا هدم المشتري بناء الدار المشفوعة أو هدمه غيره أو قلع الأشجار التي كانت مغروسة في الأرض المشفوعة فإن الشفيع يأخذ العرصة أو الأرض بحصتها من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمة العرصة أو الأرض وقيمة البناء أو الشجر وما خص العرصة أو الأرض منه يدفعه الشفيع وتكون الأنقاض والأخشاب للمشتري . وإذا تخربت الدار المشفوعة أو جفت أشجار البستان المشفوع بلا تعدي أحد عليها يأخذها الشفيع بالثمن المسمى ، فإن كان بها أنقاض أو خشب وأخذه المشتري تسقط حصته من الثمن بأن يقسم الثمن على قيمة الدار أو البستان يوم العقد وقيمة الأنقاض والخشب يوم الأخذ ، وإذا تلف بعض الأرض المشفوعة بغرق أو نحوه سقطت حصة التالف من أصل الثمن ،

---

(١) الخرشي ٦ / ١٨٠ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٤٩٣ ، بداية المجتهد ٢ / ٢٦٠ ، نهاية المحتاج ٥ / ٢١٧ ، والمغني ٥ / ٥٣٤ ، المقنع ٢ / ٢٧٤ .

(١) الهداية ٨ / ٣٢٥ ، والزيلعي على الكنز ٥ / ٢٥١ ، وابن عابدين ٦ / ٢٢٨ .

(٢) المغني ٥ / ٥٣٤ .

وللشفيع أن يأخذ الأرض مع الثمر والزرع بالثمن الأول إذا كان متصلا ، فأما إذا زال الاتصال ثم حضر الشفيع فلا سبيل للشفيع عليه وإن كانت عينه قائمة سواء أكان الزوال بآفة سماوية أم بصنع المشتري أو الأجنبي ، لأن حق الشفعة في هذه الأشياء إنما ثبت معدولا به عن القياس معلولا بالتبعية وقد زالت التبعية بزوال الاتصال فيرد الحكم فيه إلى أصل القياس [1].

وذهب المالكية ، إلى أنه لا يضمن المشتري نقص الشقص إذا طرأ عليه بعد الشراء بلا سبب منه وإنما بسبب سماوي أو تغير سوق أو كان بسبب منه ولكنه فعله لمصلحة كهدم لمصلحة من غير بناء ، وسواء علم أن له شفيعا أم لا . فإن هدم لا لمصلحة ضمن ، فإن هدم وبنى فله قيمته على الشفيع قائما لعدم تعديه وتعتبر يوم المطالبة و له قيمة النقص الأول منقوضا يوم الشراء [2].

وذهب الشافعية إلى أنه إن تعيبت الدار المشتري بعضها أخذ الشفيع بكل الثمن أو

(١) البدائع ٦ / ٢٧٣٦ ، ٢٧٣٩ ، المبسوط ١٤ / ١١٥٠ ، الهداية مع الفتح ٩ / ٤٠٢ ، وتبيين الحقائق ٥ / ٢٥١ - ٢٥٢ ، وانظر ابن عابدين ٦ / ٢٣٣ وما بعدها .

(٢) الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢ / ٢٣٦ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٤٩٤ .

ترك كتعيبها بيد البائع ، وكذا لو انهدمت بلا تلف لشيء منها ، فإن وقع تلف لبعضها فبالحصة من الثمن يأخذ الباقي [1].

وذهب الحنابلة ، إلى أنه إن تلف الشقص أو بعضه في يد المشتري فهو من ضمانه . لأنه ملكه تلف في يده ، ثم إن أراد الشفيع الأخذ بعد تلف بعضه أخذ الموجود بحصته من الثمن سواء أكان التلف بفعل الله تعالى أم بفعل آدمي ، وسواء أتلف باختيار المشتري كنقضه للبناء أم بغير اختياره مثل أن انهدم .

ثم إن كانت الأنقاض موجودة أخذها مع العرصة بالحصة وإن كانت معدومة أخذ العرصة وما بقي من البناء وهو قول الثوري والعنبري ، ووجهه أنه تعذر على الشفيع أخذ الجميع وقدر على أخذ البعض فكان له بالحصة من الثمن كما لو تلف بفعل آدمي سواه أو لو كان له شفيع آخر .أو نقول: أخذ بعض ما دخل معه في العقد ، فأخذه بالحصة كما لو كان معه سيف .

وأما الضرر فإنما حصل بالتلف ولا صنع للشفيع فيه والذي يأخذه الشفيع يؤدي ثمنه فلا يتضرر المشتري بأخذه .

وإنما قالوا بأخذ الأنقاض وإن كانت

(١) أسنى المطالب ٢ / ٣٧٠ .

منفصلة لأن استحقاقه للشفعة كان حال عقد ،البيع وفي تلك الحال كان متصلا اتصالا ليس مآله إلى الانفصال وانفصاله بعد ذلك لا يسقط حق الشفعة . وإن نقضت القيمة مع بقاء صورة المبيع مثل انشقاق الحائط وانهدام البناء ، وشعث الشجر فليس له إلا الأخذ بجميع الثمن أو الترك : لأن هذه المعاني لا يقابلها الثمن بخلاف الأعيان [١] .

ميراث الشفعة :

٥١ - اختلف الفقهاء في ميراث حق الشفعة .

فذهب المالكية ، والشافعية ، والحنابلة ، إلى أن حق الشفعة يورث ، فإذا مات الشفيع ينتقل حق الشفعة إلى ورثته . وقيده الحنابلة بما إذا كان الشفيع قد طالب بالشفعة قبل موته .

ووجه الانتقال عندهم أنه خيار ثابت لدفع الضرر عن المال فورث كالرد بالعيب [٢] .

وذهب الحنفية ، إلى أنه إذا مات الشفيع بعد البيع وقبل الأخذ بالشفعة لم يكن لورثته حق الأخذ بها ، فتسقط الشفعة بموت الشفيع ولا تنتقل إلى الورثة لأن حق الشفعة ليس بمال وإنما مجرد الرأى والمشيئة وهما لا يبقيان بعد موت الشفيع ولأن ملك الشفيع الذي هو سبب الأخذ بالشفعة قد زال بموته . أما إذا مات الشفيع بعد قضاء القاضي له بالشفعة أو بعد تسليم المشتري له بها فلورثته أخذها بالشفعة [١] .

وإذا مات المشتري والشفيع حيٌّ فله الشفعة ، لأن المستحق باق ، وبموت المستحق عليه لم يتغير الاستحقاق [٢] .

مسقطات الشفعة :

٥٢ - تسقط الشفعة بما يلي :-

أولا : ترك أحد الطلبات الثلاثة فى وقته وهي طلب المواثبة ، وطلب التقرير والإشهاد ، وطلب الخصومة والتملك إذا ترك على الوجه المتقدم [٣] .

ثانيا : إذا طلب الشفيع بعض العقار المبيع وكان قطعة واحدة والمشتري واحدا ،

(١) المغني ٥ / ٥٠٣

(٢) بداية المجتهد ٢ / ٢٦٠ ، ونهاية المحتاج ٥ / ٢١٧ ، والمغني ٥ / ٥٣٦ وما بعدها ، منتهى الإرادات ١ / ٥٣٢ .

(١) العناية على الهداية مع فتح القدير ٩ / ٤١٦ ، ٤١٧ ، المبسوط ١٤ / ١١٦ ، البدائع ٦ / ٢٧٢١ ، الزيلعي ٥ / ٢٥٧ ، ابن عابدين ٦ / ٢٤١ .

(٢) المبسوط ١٤ / ١١٦ ، والبدائع ٦ / ٢٧٢١ .

(٣) الهداية مع الفتح ٩ / ٤١٧ ، والبدائع ٦ / ٢٧١٥ ، المبسوط ١٤ / ٩٢ ، وشرح الكنز ٥ / ٢٥٧ ، ٢٥٨ ، ابن عابدين ٦ / ٢٤٠ ، ٢٤٢ ، والخرشي ٦ / ١٧٢ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٤٨٤ ، ٤٨٦ ، ونهاية المحتاج ومغني المحتاج ٢ / ٣٠٨ ، ٣٩٢ ، والمغني ٥ / ٤٧٧ .

لأن الشفعة لا تقبل التجزئة [١].

ثالثا : موت الشفيع عند الحنفية قبل الأخذ بها رضاء أو قضاء سواء أكانت الوفاة قبل الطلب أم بعده . ولا تورث عنه عندهم [٢].

رابعا : الإبراء والتنازل عن الشفعة : فالإبراء العام من الشفيع يبطلها قضاء مطلقا لا ديانة إن لم يعلم بها [٣].

وقد تكلم الفقهاء في التنازل عن الشفعة بالتفصيل كالتالي :

٥٣ - إذا تنازل الشفيع عن حقه في طلب الشفعة سقط حقه في طلبها ، والتنازل هذا إما أن يكون صريحا وإما أن يكون ضمنيا . فالتنازل الصريح نحو أن يقول الشفيع : أبطلت الشفعة أو أسقطتها أو أبرأتك عنها ونحو ذلك ، لأن الشفعة خالص حقه فيملك التصرف فيها استيفاء وإسقاطا كالإبراء عن الدين والعفو عن القصاص ونحو ذلك سواء علم الشفيع بالبيع أم لم يعلم بشرط أن يكون بعد البيع .

أما التنازل الضمني فهو أن يوجد من الشفيع ما يدل على رضاه بالبيع وثبوت الملك

(١) المبسوط ١٤ / ١٠٤ ، البدائع ٦ / ٢٧٢٩ ، حاشية الدسوقي ٣ / ٤٩٠ ، والمغني ٥ / ٤٨٣ ، المقنع ٢ / ٢٦٣ ، منتهى الإرادات ١ / ٥٢٩ .

(٢) الكنز مع الزيلعي ٥ / ٢٥٧ ، ابن عابدين ٦ / ٢٤١ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٦ / ٢٤٩ ط ٢ .

للمشتري ، لأن حق الشفعة إنما يثبت له دفعا لضرر المشتري فإذا رضي بالشراء أو بحكمه فقد رضي بضرر جواره فلا يستحق الدفع بالشفعة [١] . وانظر مصطلح (إسقاط) .

التنازل عن الشفعة قبل البيع :

٥٤ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه إذا تنازل الشفيع عن حقه في طلب الشفعة قبل بيع العقار المشفوع فيه لم يسقط حقه في طلبها بعد البيع ، لأن هذا التنازل إسقاط للحق ، وإسقاط الحق قبل وجوبه ووجود سبب وجوبه محال [٢].

وقد روي عن أحمد ما يدل على أن الشفعة تسقط بالتنازل عنها قبل البيع - فإن إسماعيل ابن سعيد قال : قلت لأحمد : ما معنى قول النبي ﷺ : « من كان بينه وبين أخيه ربعة فأراد بيعها فليعرضها عليه » [٣].

(١) البدائع ٦ / ٢٧٠٦ ، ٢٧١٥ ، وما بعدها ، شرح العناية على الهداية ٩ / ٤١٧ ، والشرح الصغير ٢ / ٢٣١ ، والقليوبي ٣ / ٤٩ ومغني المحتاج ٢ / ٢١٩ والمغني ٥ / ٤٨٢ .

(٢) البدائع ٦ / ٢٧١٥ ، والزيلعي ٥ / ٢٤٢ حاشية الدسوقي ٣ / ٤٨٨ ، شرح منح الجليل ٣ / ٦٠٣ ، ومغني المحتاج ٢ / ٣٠٩ ، المغني ٥ / ٥٤١ .

(٣) حديث : « من كان بينه وبين أخيه .. » ورد بلفظ : « أيما قوم كانت بينهم رباعة فأراد أحدهم أن يبيع نصيبه فليعرضه على شركائه ، فإن أخذوه فهم أحق بالثمن » . أخرجه أحمد (٣ / ٣١٠ - ط الميمنية) من حديث جابر ابن عبد الله ، وفي إسناده انقطاع .

وقد جاء في الحديث : « ولا يحل له إلا أن يعرضها عليه »[١] إذا كانت الشفعة ثابتة له ؟ فقال : ما هو ببعيد من أن يكون على ذلك وألا تكون له الشفعة ، وهذا قول الحكم والثوري وأبي عبيد وأبي خيثمة وطائفة من أهل الحديث .

واحتجوا بقول النبي ﷺ : « من كان له شريك في ربعة أو نخل فليس له أن يبيع حتى يؤذن شريكه فإن رضي أخذ وإن كره ترك »[٢] وقوله ﷺ : « فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به »[٣]، فمفهومه أنه إذا باعه بإذنه لا حق له .

ولأن الشفعة تثبت في موضع الوفاق على خلاف الأصل لكونه يأخذ ملك المشتري من غير رضائه ، ويجبره على المعاوضة به لدخوله مع البائع في العقد الذي أساء فيه بإدخال الضرر على شريكه ، وتركه الإحسان إليه في عرضه عليه وهذا المعنى معدوم ههنا فإنه قد عرضه عليه ، وامتناعه من أخذه دليل على عدم الضرر في حقه ببيعه وإن كان فيه ضرر فهو أدخله على نفسه فلا يستحق الشفعة كما لو أخر المطالبة بعد البيع[١].

التنازل عن الشفعة مقابل تعويض أو صلح عنها :

٥٥ ـ اختلف الفقهاء في جواز التنازل عن الشفعة مقابل تعويض يأخذه الشفيع .

فقال الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة ، لايصح الصلح عن الشفعة على مال ، فلو صالح المشتري الشفيع عن الشفعة على مال لم يجز الصلح ولم يثبت العوض ويبطل حق الشفعة . قال الشافعية : تبطل شفعته إن علم بفساده .

أما بطلان الصلح فلانعدام ثبوت الحق في المحل لأن الثابت للشفيع حق التملك ، وأنه عبارة عن ولاية التملك وأنها معنى قائم بالشفيع فلم يصح الاعتياض عنه فبطل الصلح ولم يجب العوض .

وأما بطلان حق الشفيع في الشفعة ، فلأنه أسقطه بالصلح فالصلح وإن لم يصح فإسقاط حق الشفعة صحيح ، لأن صحته لا تقف على العوض بل هو شيء من الأموال لا يصلح عوضا عنه فالتحق ذكر العوض بالعدم فصار كأنه سلّم بلا عوض[٢] .

---

(١) حديث : لايحل له إلا أن يعرضها عليه ، ورد بمعناه حديث جابر المتقدم في فقرة (٧) .

(٢) حديث : « من كان له شريك في ربعة . . . » تقدم تخريجه ف ٤ .

(٣) حديث : « فإذا باع ولم يؤذنه فهو أحق به » . أخرجه مسلم (٣ / ١٢٢٩ ـ ط الحلبي) .

(١) المغني ٥ / ٥٤١ ومابعدها .

(٢) البدائع ٦ / ٢٧١٩ ، الهداية مع فتح القدير =

وذهب مالك إلى جواز الصلح عن الشفعة بعوض ، لأنه عوض عن إزالة الملك فجاز أخذ العوض عنه .

وقال القاضي : من الحنابلة. لا يصح الصلح ولكن الشفعة لا تسقط . لأنه لم يرض بإسقاطها وإنما رضي بالمعاوضة عنها ولم تثبت المعاوضة فبقيت الشفعة [1] .

التنازل عن الشفعة بعد طلبها :

٥٦ ـ يجوز للشفيع أن يتنازل عن حقه في طلب الشفعة بعد أن طلبها وقبل رضى المشتري أو حكم الحاكم له بها ، فإن ترك الشفيع طلب الشفعة أو باع حصته التى يشفع بها بعد طلب الشفعة وقبل تملكه المشفوع فيه بالقضاء أو الرضا يسقط حقه في الشفعة لأنه يعد تنازلا منه عن حقه في طلبها قبل الحكم .

أما إذا كان التنازل بعد الحكم له بها أو بعد رضاء المشتري بتسليم الشفعة فليس له التنازل ، لأنه بذلك يكون ملك المشفوع فيه والملك لا يقبل الإسقاط [2] .

= ٩ / ٤١٤ ، ومغني المحتاج ٢ / ٣٠٩ ، والمغني ٥ / ٤٨٢ .

(١) المغني ٥ / ٤٨٢ .

(٢) الفتاوى الهندية ٢ / ١٨٢ .

مساومة الشفيع للمشتري :

٥٧ ـ المساومة تعتبر تنازلا عن الشفعة فإذا سام الشفيع الدار من المشتري سقط حقه في الشفعة لأن المساومة طلب تمليك بعقد جديد وهو دليل الرضا بملك المتملك .

ولأن حق الشفعة مما يبطل بصريح الرضا فيبطل بدلالة الرضا أيضا ، والمساومة تعتبر تنازلا بطريق الدلالة [1] .



(١) البدائع ٦ / ٢٧٢٠ ، الشرح الصغير بهامش بلغة السالك ٢ / ٢٣١ .

شَفَة

التعريـف :

١ ـ الشفـة في اللغة واحدة الشفتين ، وهما طبقـا الفم من الإنسان ، وأصلها شفهة ، لأن تصغيرها شفيهة . وقيل : أصلها شفو . قال الفيومي نقلا عن الأزهري : تجمع الشفة على شفهات وشفوات ، والهاء أقيس ، والواو أعم .

ولا تكـون الشفة إلا من الإنسان ، أما سائـر الحيوانــات فتستعمـل فيهـا كلمات أخـرى ، كالمشفـر لذى الخف ، والجحفلة لذي الحافر ، والمنسر والمنقار لذي الجناح ، وهكذا [١] .

وفي الاصطلاح تطلق الشفة على معنيين :

الأول : المعنى اللغـوي ، أي : طبقـة الفم من الإنسان ، وقد حدها بعض الفقهاء بهذا المـعـنى أنها في عرض الـوجـه إلى الشـدقـين ، وقيل ما يرتفـع عنـد انـطباق الفم . وفي الطول إلى ما يستر اللثة [١] .

والثاني : شرب بني آدم والبهائم بالشفاه دون سقي الـزرع [٢] . قال ابن عابـدين : هذا أصله . والمـراد استعمال بني آدم لدفع العـطش أو للطبخ أو الوضوء أو الغسل أو غسل الثياب ، ونحوها ، والمراد به في حق البهائم الاستعمال للعطش ونحوه مما يناسبها [٣] .

الألفـاظ ذات الصلـة :

الشـرب :

٢ ـ الشرب لغــة : نصـيب من المـــاء ، وشرعـا : نوبـة الانتفاع بالماء سقيا للزراعة والـــدواب ، قال الله تعـالى : ﴿ لها شرب ولكم شرب يوم معلوم ﴾ [٤] .

وعـلى ذلـك فالشفـة أخص من الشرب لاختصاصها بالحيوان دونه [٥] .

الحكـم الإجمالـي :

أولا : حكم الشفة بالمعنى الأول : (عضو الإنسان) :

٣ ـ ذكر الفقهاء أحكاما تتعلق بالشفة بهذا

(١) متن اللغة والمصباح المنير ولسان العرب .

(١) شرح المنهج مع حاشية الجمل ٥/٦٦ ، وانظر كشاف القناع ٦/٤٠ .
(٢) نتـائج الأفكـار والعنـاية على الهـداية ٨/١٤٤ ، وابن عابدين ٥/٢٨١ .
(٣) رد المحتار على الدر المختار ٥/٢٨١ .
(٤) سورة الشعراء / ١٥٥
(٥) الاختيار ٣/٦٩ ، وابن عابدين ٥/٢٨١ .

المعنى في موضوعين : غسلها حين الوضوء والغسل : والجناية عليها بالقطع أو إذهاب المنافع .

أ ـ غسل الشفتين حين الوضوء والغسل :

٤ ـ اتفق الفقهاء على أن ظاهر الشفتين ، أي ما يظهر عند انضمامهما ضما طبيعيا بغير تكلف جزء من الوجه ، فيجب غسلهما في الوضوء والغسل [١]. لقوله تعالى : ﴿ فاغسلوا وجوهكم ﴾ [٢].

أما ما ينكتم عند الانضمام فهو تبع للفم ، فلا يجب غسله في الوضوء عند جمهور الفقهاء : (الحنفية والمالكية والشافعية) بل يسن . وكذلك في الغسل عند المالكية والشافعية . خلافا للحنفية ، حيث قالوا : إن غسل الفم والأنف فرض في الغسل [٣] .

أما الحنابلة فقد صرحوا بأن الفم والأنف من الوجه فتجب المضمضة والاستنشاق في الطهارتين : الصغرى (الوضوء) والكبرى (الغسل) [٤].

وتفصيل الموضوع في مصطلحات : (غسل ، مضمضة ، وضوء) .

(١) الفتاوى الهندية ٤/١ ، جواهر الإكليل على مختصر خليل ١٤/١ ، والإقناع ٣٨/١ ، وكشاف القناع ٩٦/١ .
(٢) سورة المائدة /٦ .
(٣) ابن عابدين ١٠٢/١ ، والهندية ٤/١ ، والدسوقي ٩٧/١ ، ١٣٦ ، ونهاية المحتاج ٢٨٠/١ .
(٤) كشاف القناع ٩٦/١ ، والمغني ١١٨/١ .

ب ـ الجناية على الشفتين :

٥ ـ الجناية على الشفتين إذا كانت عمدا يجب فيها القصاص عند جمهور الفقهاء إذا تحققت شروطه من المماثلة والمساواة . (ر : قصاص) .

أما إذا كانت خطأ ففي قطع كلتا الشفتين دية كاملة باتفاق الفقهاء ، لحديث عمرو بن حزم « وفي الشفتين الدية » [١].

والجمهور على أن في قطع كل واحدة منهما نصف الدية من غير تفريق ، لأن العضوين إذا وجبت فيهما دية ففي أحدهما نصف الدية كاليدين والرجلين [٢].

وفي رواية عند الحنابلة يجب في الشفة العليا ثلث الدية ، وفي السفلى الثلثان ، لأن المنفعة بها أعظم ، لأنها هي التي تتحرك وتحفظ الريق والطعام [٣].

وكما تجب الدية في قطع الشفتين تجب كذلك في إذهاب منافعهما ، بأن ضرب

(١) حديث عمرو بن حزم : « وفي الشفتين الدية » أخرجه النسائي (٥٨/٨ ـ ٥٩ ـ ط المكتبة التجارية) وخرجه ابن حجر في التلخيص (١٧/٤ ـ ١٨ ـ ط شركة الطباعة الفنية) . وتكلم على أسانيده . ونقل تصحيحه عن جماعة من العلماء .
(٢) الاختيار ٣١/٥ ، والبدائع ٣٠٨/٧ ، وروضة الطالبين ١٨٢/٩ ، والزيلعي ١٢٩/٦ وكشاف القناع عن متن الإقناع ٥٤٩/٥ .
(٣) المغني لابن قدامة ١٤/٨ .

الشفتين فأشلهما ، أو تقلصتا فلم تنطبقا على الأسنان [١].

وتفصيل الموضوع في : (ديات) .

ثانيا : الشفـة بمعنى الشـرب :

٦ ـ تعـرض الفقهـاء لحكم الشفـة بمعنى شرب الإنسـان والبهـائم بالشفـاه عند بيان المنافع المشتركة ، وحقوق الارتفاق ،

وقــد قسم أكثـر الفقهـاء المياه باعتبـار الشرب إلى أربعة أقسام ، قال الموصلي الحنفي :

المياه أنواع : الأول ماء البحر ، وهو عام لجميع الخلق الانتفـاع به بالشفــة وسقي الأراضي وشق الأنهار ، لايمنع أحد من شيء من ذلك كالانتفاع بالشمس والهواء .

والثاني : الأودية والأنهار العظام كجيحون وسيحـون والنيل والفرات ودجلة . فالناس مشـتركـون فيه في الشفـة وسقي الأراضي ونصب الأرحية والدوالي إذا لم يضر بالعامة .

والثالث : ما يجري في نهر خاص لقرية ، فلغـيرهم فيه شركة في الشفة ، وهو الشرب والسقي للدواب ، ولهم أخـذ المـاء للوضوء وغســل الثياب والـطبـخ لا غير . والبئـر والحوض حكمهما حكم النهر الخاص .

والرابع : ما أحرز في جب ونحوه ، فليس لأحد أن يأخذ منه شيئا بدون إذن صاحبه ، ولـه بيعه ، لأنه ملكه بالإحراز ، ولو كانت البئر أو العين أو النهر في ملك رجل كان له منع من يريد الشرب من الدخول في ملكه إن كان يجد غيره بقربه في أرض مباحة . فإن لم يجد فإما أن يتركه يأخذ بنفسه ، أو يخرج الماء إليه ، فإن منعه وهو يخاف العطش على نفسه أو مطيته فله أن يقاتله بالسلاح . وفي المحرز بالإناء يقاتله بغير سلاح [١] .

ومثله ما ذكـره سائر الفقهاء مع تفصيل وخــلاف في بعض الفــروع [٢]. ينـظر في مصطلح (شرب ، ومياه) .

شَفِيع

انظر : شفعة

شَقّ

انظر : قبر

---

(١) المراجع السابقة ، وكشاف القناع ٦/ ٤٠ .

---

(١) الاختيار للموصلي ٣/ ٧٠ ، ٧١ .

(٢) القوانين الفقهية ص ٣٣١ ، ومغني المحتاج ٢/ ٣٧٣ ، ٣٧٥ ، وكشـاف القناع ٤/ ١٨٩ ، ١٩٠ ، ١٩٨ ، والـقـليوبي ٣/ ٩٥ ـ ٩٧ ، وابـن عابـدين ٥/ ٢٨١ ، ٢٨٢ ، والمغني ٥/ ٥٨٣ ـ ٥٩٠ .

شُكْر

التعريـف :

١ - الشكر: مصدر شكرته وشكرت له أشكر شكرا وشكورا وشكرانا . وهو عند أهل اللغة: الاعـتراف بالمعـروف المسـدى إليك ونشره والثناء على فاعله . ولا يكون إلا في مقابلة معـروف ونعمـة [١] . وشكـر النعمـة مقابل كفـرهـا . قال الله تعـالى في حكـاية قول لقمان : ﴿ ومن يشكر فإنما يشكر لنفسه ومن كفر فإن الله غنى حميد ﴾ [٢] .

والشكر: هو ظهور أثر النعمة على اللسان والقلب والجوارح بأن يكـون اللسـان مقرا بالمعـروف مثنيا به ، ويكـون القلب معترفا بالنعمـة ، وتكـون الجـوارح مستعملة فيما يرضاه المشكور [٣] . على حد قول الشاعر :

أفادتكم النعماء مني ثلاثة
يدي ولساني والضمير المحجبا

(١) لسان العرب ، ومدارج السالكين ٢/ ٢٤٤ ، ٢٤٦ ، والمجموع للنووي ١/ ٧٤ المطبعة المنيرية ، ونهاية المحتاج ١/ ٢٢ . .

(٢) سورة لقمان /١٢ .

(٣) تفسـير القـرطبي ١/ ١٣٣ ط . دار الكتب المصرية ، ومدارج السالكين ٢/ ٢٤٤ ، ٢٤٦ .

والشكـر لله في الاصـطلاح: صرف العبد النعم التي أنعم الله بها عليه في طاعته [١] . أو فيما خلقت له . وشكر الله للعبد معناه أنه يزكـو عنـده القليل من العمـل فيضـاعف لعامله الجزاء [٢] . وفي الحديث : « أن رجلا رأى كلبـا يأكل الثرى من العطش ، فأخذ الرجل خفه فجعل يغرف له به حتى أرواه ، فشكر الله له ، فأدخله الجنة » [٣] ، ولذا كان من أوصافه تعالى : « الشكور» كما في قوله تعالى : ﴿ والله شكور حليم ﴾ [٤] .

الألفـاظ ذات الصلـة :

أ - المـدح :

٢ - المدح لغة : حسن الثناء . والمدح يكون للحـي وغـيره حتى أن من رأى لؤلؤة ذات حسن فوصفها بالحسن فقد مدحها ، والمدح على الإحسان يكون قبله أو بعده، ولا يكون الشكر إلا بعده [٥] .

ب - الحمـد :

٣ - الحمد: هو الثنـاء على المحمود بجميل

(١) نهاية المحتـاج وحـاشية الشـبراملسي ١/ ٢٢ ، وأسنى المطالب ١/ ٣ وشرح مسلم الثبوت ١/ ٤٧ .

(٢) فتح الباري ١/ ٢٧٨ .

(٣) حديث : « أن رجلا رأى كلبا يأكل الثرى . . » أخرجه البخاري (الفتح ١/ ٢٧٨ - ط السلفية) ومسلم (٤/ ١٧٦١ - ط الحلبي) من حديث أبي هريرة ، واللفظ للبخاري .

(٤) سورة التغابن /١٧ .

(٥) لسان العرب ، وتفسير الرازى ١/ ٢١٩ .

صفاته وأفعاله على قصد التعظيم ، ونقيض الحمد الذم . فالحمد أعم من الشكر من جهة أن الشكر لايكون إلا على نعمة أسداها المشكور إلى الشاكر خاصة ، والحمد يكون في مقابلة الإنعام على الشاكر أو غيره ، ويكون في غير مقابلة نعمة أصلا بل لمجرد اتصاف المحمود بالأوصاف الحسنة والفضائل . فلا يقال : شكرنا الله على حكمته وعلمه ، ويقال : حمدناه على ذلك ، كما هو محمود على إحسانه وفضله ، والشكر أعم من الحمد من جهة أن الشكر يكون باللسان والقلب والجوارح ، والحمد ليس إلا باللسان ، فيجتمع الحمد والشكر في الثناء باللسان على النعمة ، وينفرد الحمد في الثناء باللسان على الأوصاف الذاتية ونحوها ، وينفرد الشكر فيما يكون بالقلب والجوارح [1] . وقد ورد في الحديث : « الحمد رأس الشكر فمن لم يحمد الله لم يشكره » [2] .

(١) المجموع للنووي ١/ ٧٤ ، وتفسير الرازي ١/ ٢١٩ ، ونهاية المحتاج ١/ ٢١ ، ومدارج السالكين ٢/ ٢٤٦ ، وأسنى المطالب ١/ ٣ .

(٢) حديث : « الحمد رأس الشكر . . »
أخرجه البيهقي في الشعب كما في فيض القدير للمناوي (٣/ ٤١٨ ـ ط المكتبة التجارية) من حديث عبد الله بن عمرو بن العاص ، وأعل بالانقطاع بين عبد الله بن عمرو والراوي عنه .

أحكام الشكر :

٤ ـ الشكر نوعان ، شكر لله تعالى ، وشكر لعباد الله .

أولا : شكر الله تعالى :

الحكم التكليفي :

٥ ـ شكر الله تعالى على نعمه واجب شرعا من حيث الجملة ، فلا يجوز تركه بالكلية . وقد استدل الحليمي لذلك بالآيات التي فيها الأمر ، نحو قوله تعالى :

﴿ فاذكروني أذكركم واشكروا لي ولا تكفرون ﴾ [1] وقوله سبحانه : ﴿ فاذكروا آلاء الله لعلكم تفلحون ﴾ [2] .

ثم قال الحليمي : فثبت بهاتين الآيتين ونحوهما وجوب شكر الله تعالى على العباد لنعمه السابغة عليهم [3] .

ثم احتج للوجوب أيضا بقول الله تعالى : ﴿ ثم لتسألن يومئذ عن النعيم ﴾ [4] قال : ومعلوم أن المسألة عن النعيم هي المسألة عن شكره [5] .

وقد اختلف في أن شكر الله تعالى على نعمه هل وجب بالعقل ثم جاء الشرع مقررا

(١) سورة البقرة / ١٥٢ .

(٢) سورة الأعراف / ٦٩ .

(٣) المنهاج في شعب الإيمان ٢/ ٥٤٥ ط بيروت ، دار الفكر ١٣٩٩ هـ .

(٤) سورة التكاثر / ٨ .

(٥) المنهاج ٢/ ٥٥٥ .

لذلك أو لم يجب إلا بالشرع . ؟ .

فقد ذهب إلى الأول معظم مشايخ الحنفية ونص صدر الشريعة على أنه مذهب الحنفية ، وإليه ذهب المعتزلة أيضا .

وذهب الأشعرية إلى أنه لم يجب بمجرد العقل ، لأن العقل لا مجال له في أمور الآخرة من إثبات الثواب والعقاب [١] . وتنظر المسألة في الملحق الأصولي .

وقال الرازي عند قوله تعالى : ﴿ إنا هديناه السبيل إما شاكرا وإما كفورا ﴾ [٢] المراد من الشاكر الذي يكون مقرا معترفا بوجوب الشكر عليه ، ومن الكفور الذى لا يقرّ بذلك إما لأنه ينكر الخالق أو لأنه ينكر وجوب شكره [٣] .

والإكثار من الشكر مستحب . وللشكر مواضع يندب فيها كحمد الله على الطعام والشراب والملبس . (وانظر : تحميد) .

فضل الشكر :

٦ - وردت الشريعة بإثبات فضل الشكر من أوجه كثيرة ، منها :

أ - أن الله تعالى أثنى في كتابه على أهل الشكر ووصف بذلك بعض خواص خلقه ، فقال تعالي : ﴿ إن إبراهيم كان أمة قانتا لله حنيفا ولم يك من المشركين . شاكرا لأنعمه ﴾ [١] وقال عن نوح عليه السلام : ﴿ إنه كان عبدا شكورا ﴾ [٢] .

ب - إنه تعالى جعله الهدف من تفضله بالنعم ، قال تعالى : ﴿ والله أخرجكم من بطون أمهاتكم لاتعلمون شيئا وجعل لكم السمع والأبصار والأفئدة لعلكم تشكرون ﴾ [٣] وقال في شأن تسخيره الأنعام : ﴿ كذلك سخرناها لكم لعلكم تشكرون ﴾ [٤] .

ج - أنه تعالى وعد الشاكرين بأحسن الجزاء فقال : ﴿ وسنجزى الشاكرين ﴾ [٥] وبيّن أنه تعالى وإن كان يحب الشاكرين إلا أنه لايعود عليه شيء من نفع شكرهم بل نفعه لهم ، قال تعالى : ﴿ ومن يشكر فإنما يشكر لنفسه ومن كفر فإن الله غنى حميد ﴾ [٦] .

د - أنه جعله سببا للمزيد من النعم ، فقال : ﴿ وإذ تأذن ربكم لئن شكرتم

---

(١) المستصفي للغزالي ٦١/١ ، وشرح مسلم الثبوت ٤٧/١ مطبعة بولاق - ١٣٢٢ هـ .
(٢) سورة الإنسان /٣ .
(٣) تفسير الرازي ٢٣٩/٣٠ .

(١) سورة النحل /١٢٠ ، ١٢١ .
(٢) سورة الإسراء /٣ .
(٣) سورة النحل /٧٨ .
(٤) سورة الحج /٣٦ .
(٥) سورة آل عمران /١٤٥ .
(٦) سورة لقمان /١٢ .

لأزيدنكم ولئن كفرتم إن عذابى لشديد ﴾ (١)

هـ - أنه تعالى سمى نفسه شاكرا شكورا ، بأن يقبل العمل القليل ويثني على فاعله ، قال تعالى : ﴿ ومن تطوع خيرا فإن الله شاكر عليم ﴾ (٢).

وقال : ﴿ ومن يقترف حسنة نزد له فيها حسنا إن الله غفور شكور ﴾ (٣) .

و- قلة المتصفين بكثرة الشكر ، كما قال تعالى : ﴿ اعملوا آل داود شكرا وقليل من عبادي الشكور ﴾ (٤) قال ابن القيم : قلة أهل الشكر في العالمين يدل على أنهم خواص الله تعالى .

ز- ماورد من دعاء الصالحين أن يلهمهم الله تعالى شكر نعمه عند رؤيتها كقول سليمان : ﴿ رب أوزعنى أن أشكر نعمتك التي أنعمت على وعلى والدى ﴾ (٥) وورد أن النبي ﷺ قال : « رب اجعلني لك شكارا » (٦) وأوصى من يحبه أن يستعين بالله على شكره فقال :

(١) سورة إبراهيم /٧ .

(٢) سورة البقرة /١٥٨ .

(٣) سورة الشورى /٢٣ .

(٤) سورة سبأ /١٣ .

(٥) سورة النمل /١٩ .

(٦) حديث : « رب اجعلني لك شكّارا » .

أخرجه الترمذي (٥/٥٥٤ - ط الحلبي) من حديث ابن عباس ، وقال : « حديث حسن صحيح » .

« يامعاذ والله إني لأحبك . . أوصيك يامعاذ ، لاتدعن في دبر كل صلاة تقول : اللهم أعني على ذكرك لوشكرك وحسن عبادتك » (١).

حـ - أن الله تعالى قرن الشكر بالصبر فقال : ﴿ إن في ذلك لآيات لكل صبّار شكور ﴾ (٢) في أربعة مواضع من القرآن ، فالشكر على النعم أو زوال النقم ، والصبر عند زوال النعم أوحلول البلاء . ولأن الصبر على الطاعة عين الشكر عليها . (٣)

وقد روي في الحديث : « الإيمان نصفان فنصف في الصبر ونصف في الشكر » (٤) وروي عن الشعبي موقوفا (٥) .

مايكون عليه الشكر :

وهو ثلاثة أنواع :

٧ - الأول : الشكر لله تعالى على نعمه التي

(١) حديث : يامعاذ والله إني لأحبك . . » .

أخرجه أبو داود (٢/١٨١ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والحاكم (٣/٢٧٣ - ٢٧٤ - ط دائرة المعارف العثمانية) وصححه ووافقه الذهبي .

(٢) سورة إبراهيم /٥ .

(٣) مدارج السالكين ٢/٢٤٣ .

(٤) حديث : « الإيمان نصفان ، فنصف في الصبر ونصف في الشكر» .

أخرجه البيهقي في الشعب كما في الجامع الصغير للسيوطي (٣/١٨٨ - بشرحه الفيض ، ط المكتبة التجارية)، وقال المناوي : « فيه يزيد الرقاشي ، قال الذهبي وغيره : متروك » .

(٥) تفسير القرطبي عند الآية (٥) من سورة إبراهيم .

أنعم بها على الشاكر ، والعبد في كل أحواله إنما هو في نعم الله تعالى ، وقد نبه إلى ذلك بقوله : ﴿ وما بكم من نعمة فمن الله ﴾ [(١)] وكثير من آيات القرآن واردة في تعداد تلك النعم بالتفصيل ، وفي لفت الأنظار إلى وجوه اللطف فيها ، وإلى الاعتبار بها ، وبيان أن الله تعالى إنما وضعها ليبتلي بها الإنسان هل يشكر أم يكفر .

فمن ذلك نعمة خلق الأرض فراشا والسماء بناء والشمس ضياء والقمر نورا وتقدير الأقوات في الأرض وإنزال المطر من السماء شرابا وإنبات الزرع فيها وسائر مايصلح عليه بدن الإنسان ، وخلق الأنعام وماجعله فيها للناس من منافع من لحمها ولبنها وأصوافها وأوبارها وأشعارها وركوبها والتجمل بها .

ومن ذلك نعمة خلق الإنسان في أحسن تقويم وخلق الأسماع والأبصار والأفئدة لتكون وسائل للإدراك ، وتعليم الإنسان البيان .

ومن ذلك نعمة إرسال الرسل وإنزال الكتب والدلالة على طرق الإيمان . وهذه كلها نعم عامة لم يخص بها مؤمن من كافر [(٢)] .

ومنها نعم خاصة وأعظمها التوفيق للإيمان والاهتداء للحق والتيسير للعمل الصالح ، لأن ذلك سبب للخلاص من العذاب في الآخرة والتحصيل لنعم الله فيها .

قال الحليمي : وأولى النعم بالشكر نعمة الله تعالى على العبد بالإيمان والإرشاد إلى الحق ، والتوفيق لقبوله ، لأنه هو الغرض الذي ليس بتابع لما سواه ، وكل غرض سواه فهو تابع له ، والتيسير له نعمة عظيمة تقتضي الشكر لها بالانتهاء عن المعاصي وإتباع الإيمان حقوقه ، لأن الإيمان بالله عهد بينه وبين العبد ولكل عهد وفاء . وكل عبادة تتلو الإيمان من فعل شيء فهو شكر لنعم الله تعالى ، والتيسير لكل شيء من ذلك نعمة يجب شكرها بالقلب واللسان [(١)] .

٨ - النوع الثاني : الشكر على دفع النقم سواء اندفعت عنه أو عن نحو ولده أو عموم المسلمين وذلك كذهاب مرض أو انحسار طاعون أو عدو ، ونحوهما مما يخشى ضرره كغرق أو حريق ومنه قول أهل الجنة : ﴿ الحمد لله الذى أذهب عنا الحزن إن ربنا لغفور شكور ﴾ [(٢)] .

---

(١) سورة النحل /٥٣ .

(٢) عقد كل من الحليمي والغزالي فصلا لبيان النعم وتعداد = أصنافها ووجوهها كمقدمة لبيان أحكام الشكر ، انظر المنهاج ٢/٥١٩ - ٥٤٤ ، والإحياء ٤/٩٦ - ١١٩ .

(١) المنهاج في شعب الإيمان ٢/٥٥٤ .

(٢) سورة فاطر /٣٤

واحتج النووي لذلك بحديث «أن النبي ﷺ ليلة أسري به أتي بقدحين من خمر ولبن فنظر إليهما ، فأخذ اللبن ، فقال له جبريل : الحمد لله الذي هداك للفطرة ، لو أخذت الخمر لغوت أمتك » [١] .

وإذا رأى السليم مبتلى في عقله وبدنه ، سُنَّ أن يحمد الله تعالى على العافية [٢] ، لما ورد أن النبي ﷺ سجد لرؤية زَمِن [٣] .

وورد أن السليم يقول : « الحمد لله الذي عافاني مما ابتلاك به » [٤] .

النوع الثالث :

الشكر عند المكروهات من البلوى والمصائب والآلام :

٩ ـ وهو مشروع ، لحديث أبي موسى أن النبي ﷺ قال : « إذا مات ولد العبد قال الله لملائكته : قبضتم ولد عبدي ؟ فيقولون :

(١) حديث : « أن النبي ﷺ ليلة أسري به أتي بقدحين من خمر ولبن » .
أخرجه البخاري (الفتح ٣٩١/٨ ـ ط السلفية) ومسلم (١٥٩٢/٣ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة .

(٢) نهاية المحتاج ٩٩/٢ ، وأسنى المطالب ١٩٩/١ ، ومطالب أولي النهى ٥٩٠/١ ، والأذكار للنووي ص ١٠٤ .

(٣) حديث : « أن النبي ﷺ سجد لرؤية زمن » .
أخرجه البيهقي (٣٧١/٢ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) وأعله بالإرسال .

(٤) حديث : « الحمد لله الذي عافاني مما ابتلاك به » .
أخرجه الترمذي (تحفة الأحوذي ٣٩١/٩ ـ ٣٩٢ ط السلفية) من حديث أبي هريرة ، وقال : « حديث حسن غريب » .

نعم ، فيقول : قبضتم ثمرة فؤاده ؟ فيقولون : نعم . فيقول : ماذا قال عبدي ؟ فيقولون : حمدك واسترجع ، فيقول الله : ابنوا لعبدي بيتا في الجنة ، وسموه بيت الحمد » [١] .

ووجه الشكر عليها مافيها من تكفير الخطايا ورفع الدرجات ، وما في الصبر عليها من الأجر .

وقال ابن القيم في توجيه ذلك : يكون الشكر كظما للغيظ الذي أصابه ، وسترا للشكوى ، ورعاية للأدب ، وسلوكا لمسلك العلم ، لأنه شاكر لله شكر من رضي بقضائه [٢] .

ولذا صرح الحنابلة أنه يسن للمريض إن سئل عن حاله أن يحمد الله تعالى إذا أراد الشكوى إلى طبيب . قالوا : لحديث ابن مسعود مرفوعا : « إذا كان الشكر قبل الشكوى فليس بشاك » [٣] قال البهوتي : وكان

(١) حديث : « إذا مات ولد العبد . . » .
أخرجه الترمذي (٣٣٢/٣ ـ ط الحلبي) وقال : « حديث حسن غريب » .

(٢) مدارج السالكين ٢٥٤/٢ ، وإحياء علوم الدين ١٢٥/٤ ـ ١٢٩ .

(٣) حديث : « إذا كان الشكر قبل الشكوى فليس بشاك » .
أورده القاضي ابن أبي يعلى في طبقات الحنابلة (١٥١/١ ـ ١٥٢ ـ ط مطبعة الاعتدال بدمشق) من طريق بشر بن الحارث الذي ذكره بإسناده .

أحمد أولا يحمد الله فقط فلما دخل عليه عبد الرحمن طبيب السنة وحدّثه الحديث عن بشر ابن الحارث صار إذا سأله قال : أحمد الله إليك ، أجد كذا وكذا [١].

مايتحقق به شكر الله تعالى :

١٠ - يتحقق شكر الله تعالى على النعمة بأمور :

أولها : معرفة النعمة ، بأن يعرف أنها نعمة ، ويعرف قدرها ويعرف وجه كونها نعمة ويستحضرها في الذهن ويميزها ، إذ كثير من الناس تحسن إليه وهو لا يدري . وقد نبه النبي ﷺ إلى معرفة قدر النعم بقوله : « انظروا إلى من هو أسفل منكم ولا تنظروا إلى من هو فوقكم فهو أجدر أن لاتزدروا نعمة الله عليكم » [٢].

والثاني : معرفة أنها من الله تعالى ، فمن لم يقرّ بالله ، أو لم يقر بأن النعم منه ، لم يتصور شكره له ، وإذا عرف أنها من الله أحبه عليها .

والثالث : قبول النعمة بإظهار الفقر والحاجة إليها ، ومعرفة أن وصولها إليه بغير استحقاق من العبد ولا بذل ثمن بل بمحض فضل الله تعالى .

والرابع : الثناء على المنعم بها ، وعدم كتمانها فإن كتمانها كفران لها ، والثناء إما عام كوصفه تعالى بالجود والكرم والبر والإحسان ، وإما خاص وهو التحدث بتلك النعمة وإسناد التفضل بها إلى المنعم بها ، وحمده عليها ، قال الله تعالى : ﴿ وأما بنعمة ربك فحدّث ﴾ [١] وقال النبي ﷺ : « التحدث بنعمة الله شكر وتركها كفر » [٢].

والخامس : ترك استعمالها فيما يكرهه المنعم بها ، والعمل بما يرضيه فيها [٣].

والسادس : فعل الطاعات شكرا على النعم ، كما يشير اليه قوله تعالى : ﴿ ياأيها الناس اعبدوا ربكم الذى خلقكم والذين من قبلكم لعلكم تتقون . الذى جعل لكم الأرض فراشا والسماء بناء . . . الآية ﴾ [٤] وورد عن المغيرة بن شعبة أن النبي ﷺ قام حتى تفطرت قدماه . فقيل يارسول الله :

---

(١) كشاف القناع ٢ / ٧٩ .

(٢) حديث : « انظروا إلى من هو أسفل منكم . . »
أخرجه مسلم (٤/٢٢٧٥- ط الحلبي) من حديث أبي هريرة .

---

(١) سورة الضحى /١١ .

(٢) حديث : « التحدث بنعمة الله شكر » .
أخرجه أحمد (٤/٢٧٨ - ط الميمنية) من حديث النعمان ابن بشير ، وإسناده حسن .

(٣) مدارج السالكين ٢/ ٢٤٤ و ٢٤٧ - ٢٥٨ ، والمنهاج في شعب الإيمان ٢/ ٥٤٥ ، ٥٤٦ ، وإحياء علوم الدين ٤/ ٧٩ نشر مصطفى الحلبي ، ١٣٥٨ هـ .

(٤) سورة البقرة /٢١ ، ٢٢ .

أتَتكَلَّفُ هذا وقد غفر لك ؟ قال : « أفلا أكون عبدا شكورا »؟ [١] .

١١ - وضد شكر النعم الكفران بها ، وهو غير الكفر المخرج عن الملة ، ويسميه العلماء « كفر النعمة » .

فمن وجوه الكفر بها أن لايعرف النعمة ، أو أن يبخسها حقها من التقدير .

ومنها أن ينكر أنها من الله تعالى ، أو ينسبها إلى غير المتفضل بها كما يفعل أهل الشرك إذ يشكرون أندادهم وأصنامهم على ما أنعم به الله عليهم ، وكما في الحديث القدسي : « من قال مُطِرنا بنوء كذا فذلك كافر بي مؤمن بالكوكب » [٢] .

ومنها أن يعتقد أنه حصَّل ما حصَّل من النعم بحوله وقوته ، أو كما قال قارون « إنما أوتيته على علم عندي » [٣] .

ومنها أن يعتقد أن ما حصل له من النعم حصل باستحقاق له على الله ، لا من فضل الله عليه .

ومنها : ترك الثناء بها على المنعم بها وترك التحدث بها ، وكذلك كتمانها بحيث لايراها الناس لحديث « إن الله يحب أن يرى أثر نعمته على عبده » [١] .

وقيَّد الحليمي هذا بأن لايكون فيه احتياط لنفسه .

ومنها : التعالي بها على سائر عباد الله والزهوِّ والمكاثرة والبغي والمفاخرة .

ومنها : استعمالها في معصية الله تعالى ، ومنع الحقوق الشرعية الواجبة فيها [٢] .

الشكر عند تجدد النعم :

١٢ - يستحب تجديد الشكر عند تجدد النعم لفظا بالحمد والثناء ، لما في الحديث « إن الله ليرضى عن العبد أن يأكل الأكلة فيحمده عليها ، أويشرب الشربة فيحمده عليها » [٣] وفيه « الطاعم الشاكر بمنزلة الصائم الصابر » [٤] .

وقد ورد في السنة استحباب أذكار بصيغ

---

(١) حديث : « أفلا أكون عبدا شكورا » أخرجه البخاري (الفتح ٣/١٤ - ط السلفية) ومسلم (٤/٢١٧١ - ط الحلبي) .

(٢) الحديث القدسي : من قال : « مطرنا بنوء كذا . . . » أخرجه البخاري (الفتح ٢/٥٢٢ - ط السلفية) ومسلم (١/٨٤ - ط الحلبي) من حديث زيد بن خالد الجهني .

(٣) سورة القصص /٧٨ .

(١) حديث : « أن الله يحب إن يرى أثر نعمته على عبده » أخرجه الترمذي (٥/١٢٤ - ط الحلبي) من حديث عبد الله بن عمرو ، وقال : « حديث حسن » .

(٢) المنهاج في شعب الإيمان ٢/٥٤٦ - ٥٤٧ ، وإحياء علوم الدين ٤/٨٧ ، ١٢٠ .

(٣) حديث : « إن الله ليرضى عن العبد أن يأكل الأكلة . . » أخرجه مسلم (٤/٢٠٩٥ - ط الحلبي) من حديث أنس ابن مالك .

(٤) حديث : « الطاعم الشاكر بمنزلة الصائم الصابر » . أخرجه الترمذي (٤/٦٥٣ - ط الحلبي) من حديث أبي هريرة ، وقال : « حديث حسن غريب » .

معينة فيها التحميد عند حصول نعم معينة ولمعرفة ذلك ينظر مصطلح (تحميد) و(ذكر) .

ويكون الشكر على ذلك أيضا بفعل قُربة من القُرَب ، وقد ذكر بعض الشافعية من ذلك أن يصلي ركعتين أو يتصدق مع سجود الشكر أو دونه [1].

وقال القليوبي لايجوز التقرب إلى الله بصلاة بنية الشكر [2].

ومن ذلك أن يذبح ذبيحة أو يصنع دعوة ، وقد ذكر الفقهاء الدعوات التي تصنع لما يتجدد من النعم كالوكيرة التي تصنع للمسكن المتجدد ، والنقيعة التي تصنع لقدوم الغائب ، والحذاق وهو مايصنع عند ختم الصّبي القرآن .

ومذهب الحنابلة ، وهو الراجح من مذهب الشافعية ، أن هذه الدعوات مستحبة . قال ابن قدامة : وليس لهذه الدعوات - يعني ماعدا وليمة العرس والعقيقة - فضيلة تختص بها ، ولكن هي بمنزلة الدعوة لغير سبب حادث ، فإذا قصد بها فاعلها شكر نعمة الله عليه ، وإطعام إخوانه ، وبذل طعامه ، فله أجر ذلك إن

(١) نهاية المحتاج ٢/٩٨ ، وأسنى المطالب ١/١٩٩ ، ٧٢ ، وروضة الطالبين ١/٣٢٥ .

(٢) حاشية شرح المنهاج ١/٢٠٩

شاء الله [1]. وانظر مصطلح (دعوة) .

وإذا نذر الإنسان أن يصنع القربة عند تجدد النعمة واندفاع النقمة فذلك نذر تبرر ، وحكمه وجوب الوفاء به انظر مصطلح (نذر) [2].

ومما يسنّ عند تجدد النعم واندفاع النقم مما له وقع أن يسجد لله تعالى عند حصول ذلك من حيث لايحتسب الإنسان وهذا قول الجمهور خلافا للمالكية ، وينظر تفصيل ذلك في مصطلح (سجود الشكر) .

ثانيا : شكر العباد على المعروف :

١٣ - شكر المنعم أمر لم يختلف العقلاء في استحسانه . وكل منعم عليه ينبغي له الشكر لمن أولاه تلك النعمة ولو كانت قليلة لحديث : « من لم يشكر القليل لم يشكر الكثير ومن لم يشكر الناس لم يشكر الله » [3] وحديث : « إن أشْكر الناس لله أشكَرُهم للناس » [4]

(١) المغني ٧/١١ ، ١٢ وشرح المنهاج بهامش حاشية القليوبي ٣/٢٩٥ .

(٢) انظر مثلا : الجمل على شرح المنهج ٥/٣٢٥ ، والمغني ٩/٢ .

(٣) حديث : « من لم يشكر القليل لم يشكر الكثير» أخرجه أحمد (٤/٢٧٨ - ط الميمنية) من حديث النعمان ابن بشير ، وإسناده حسن .

(٤) حديث : « إن أشكر الناس لله أشكرهم للناس » أخرجه أحمد (٥/٢١٢ - ط الميمنية) من حديث الأشعث ابن قيس، وفي إسناده جهالة ، ولكن له شواهد يتقوى بها .

وإذا كان الله تعالى شكر المحسنين وهو غني عنهم فالعبد أولى بأن يشكر لمن أحسن إليه ، وقد أمر الله تعالى بالشكر للوالدين وقرن ذلك بالشكر له لِعِظم فضلهما فقال : ﴿ أن اشكر لي ولوالديك ﴾ [(١)] والشكر بالفعل هو الأصل ، بأن يجزي بالمعروف معروفا ، قال النبي ﷺ : « من أولي نعمة فليشكرها ، فإن لم يقدر فليظهر ثناء حسنا » [(٢)] .

قال الحليمي : وهذا يدل على أن الشكر المذكور في هذا الحديث أريد به الشكر بالفعل ولولا ذلك لم يقل « فإن لم يقدر فليظهر ثناء حسنا » فإذا كانت النعمة فعلا كان الشكر إحسانا مكان إحسان ، فإن لم يتيسر قام الذكر الحسن والثناء والبشر مقامه [(٣)] .

وروي عن أنس - رضي الله عنه - قال : «إن ناسا من المهاجرين قالوا : يارسول الله ، مارأينا قوما أحسن مواساة في قليل ولا أحسن بذلا من كثير منهم ، لقد كفونا المؤنة ، وأشركونا في المهنة ، لقد خشينا أن يذهبوا بالأجر كله ، فقال : أما مادعوتهم وأثنيتم عليهم مكافأة أو شبه المكافأة» [(١)] .

وفي الحديث : « من صنع إليه معروف فقال لفاعله : جزاك الله خيرا فقد أبلغ في الثناء » [(٢)] .

ومثله مافي الحديث أيضا : « من صنع إليكم معروفا فكافئوه ، فإن لم تجدوا ما تكافئونه فادعوا له حتى تروا أنكم قد كافأتموه » [(٣)] وفي رواية : « من أعطي عطاء فوجد فليجز به ، ومن لم يجد فليثن فإن من أثنى فقد شكر ، ومن كتم فقد كفر » [(٤)] .

استدعاء الشكر من المنعم عليه :

١٤ - إنه وإن كان الشكر على المعروف مستحبا إلا أن طلب مسدي المعروف أن يشكر عليه خلاف الأولى ، وخاصة فيما من

---

(١) سورة لقمان / ١٤ .

(٢) حديث : « من أولي نعمة فليشكرها . . »
ورد بلفظ : «من أعطي عطاء فوجد فليجز به ، ومن لم يجد فليثن فإن من أثنى فقد شكر ومن كتم فقد كفر» .
أخرجه الترمذي (٤/ ٣٧٩ - ط الحلبي)
من حديث جابر بن عبد الله ، وقال : « حديث حسن » .

(٣) المنهاج في شعب الإيمان ٢/ ٥٥٦ .

---

(١) حديث أنس : «أن ناسا من المهاجرين . . » .
أخرجه البيهقي في شعب الإيمان (٦/ ٥١٣ - ط دار الكتب العلمية) وإسناده صحيح .

(٢) حديث : « من صنع إليه معروف . . »
أخرجه الترمذي (٤/ ٣٨٠ - ط الحلبي) من حديث أنس ، وقال : « حديث حسن صحيح » .

(٣) حديث : « من صنع إليكم معروفا فكافئوه . . »
أخرجه أبو داود (٢/ ٣١٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والحاكم (١/ ٢١٨ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث عبد الله بن عمر .
وصححه الحاكم ووافقه الذهبي .

(٤) حديث : « من أعطى عطاء فوجد فليجزبه»
أخرجه الترمذي (٤/ ٣٧٩ - ط الحلبي) من حديث جابر ابن عبد الله ، وقال : « حديث حسن غريب » .

شأنه أن يعمل لله ، ولذلك أثنى الله تعالى على من يحسن إلى الضعفاء دون أن ينتظر منهم شكرا أو جزاء قال تعالى : ﴿ ويطعمون الطعام على حبه مسكينا ويتيما وأسيرا . إنما نطعمكم لوجه الله لانريد منكم جزاء ولاشكورا ﴾ [١] قال مجاهد وسعيد بن جبير : أما والله ماقالوه بألسنتهم ولكن علم الله به من قلوبهم فأثنى عليهم به ليرغب في ذلك راغب [٢] ولو أحب أن يحمد على المعروف لم يحرم .

وقد ورد أن زيد بن ثابت شهد لأبي سعيد الخدري عند مروان بن الحكم ، فلما خرجا من عنده قال له : أولا تحمدني على ماشهدت الحق ؟ [٣]

قال الرازي : الإحسان إلى الغير إما أن يكون لله تعالى وحده ، وإما أن يكون لغير الله تعالى ، إما طلبا لمكافأة ، أو طلبا لحمد أو ثناء . وتارة يكون لله تعالى ولغيره .

والنوع الأول هو المقبول عند الله تعالى ، والأخير هو الشرك . أهـ [٤] .

وليس هو الشرك المخرج عن الملة بل هو الشرك في القصد وهو يحبط العمل الذي

(١) سورة الإنسان /٨،٩ .
(٢) تفسير ابن كثير ٤/ ٤٥٥ ، والقرطبي ١٩/ ١٣٠ .
(٣) تفسير ابن كثير ١/ ٤٣٧ .
(٤) تفسير الرازي ٣٠/ ٢٤٦ .

أشرك به ، دون غيره ، لأن الله تعالى لايقبل إلا ماكان له خالصا . وأما إذا عمله طلبا للمكافأة أو الحمد فله ماطلب ، وليس ذلك حراما إلا أن يظهر أنه لله ويبطن خلاف ذلك ، لأن ذلك يكون رياء .

فإن أحب أن يشكر على ما لم يفعل من الخير لم يكن ذلك حراما خلافا لما يتبادر من قول الله تعالي : ﴿ لاتحسبن الذين يفرحون بما أتوا ويحبون أن يحمدوا بما لم يفعلوا فلا تحسبنهم بمفازة من العذاب ولهم عذاب أليم ﴾ [١] فقد نزلت في المنافقين [٢] .



(١) سورة آل عمران /١٨٨ .
(٢) تفسير ابن كثير ١/ ٤٣٧ .

شَكّ

تعريفه :

١ - الشك لغة : نقيض اليقين وجمعه شكوك . يقال شك في الأمر وتشكك إذا تردد فيه بين شيئين ، سواء استوى طرفاه أو رجح أحدهما على الآخر [١] .

قال الله تعالى : ﴿ فإن كنت فى شك مما أنزلنا إليك ﴾ [٢] أي غير مستيقن ، وهو يعم حالتي الاستواء والرجحان [٣] . وفي الحديث الشريف : « نحن أحق بالشك من إبراهيم » [٤] قيل : إن مناسبته ترجع إلى وقت نزول قوله تعالى : ﴿ وإذ قال إبراهيم رب أرني كيف تحيي الموتى ، قال : أو لم تؤمن ؟ قال : بلى ولكن ليطمئن قلبي ﴾ [٥] . حيث قال قوم - إذ ذاك - : شك إبراهيم ولم يشك نبينا ، فقال رسول الله ﷺ - تواضعا منه وتقديما لإبراهيم على نفسه - : «نحن أحق بالشك من إبراهيم » أي أنا لم أشك مع أنني دونه فكيف يشك هو ؟ [١] .

والشك في اصطلاح الفقهاء : استعمل في حالتي الاستواء والرجحان على النحو الذي استعملت فيه هذه الكلمة لغة فقالوا : من شك في الصلاة ، ومن شك في الطلاق ، أي من لم يستيقن ، بقطع النظر عن استواء الجانبين أو رجحان أحدهما [٢] . ومع هذا فقد فرقوا بين الحالتين في جزئيات كثيرة [٣] . والشك في اصطلاح الأصوليين : هو استواء الطرفين المتقابلين لوجود أمارتين متكافئتين في الطرفين أو لعدم الأمارة فيهما [٤] .

---

(١) لسان العرب ، والمصباح المنير مادة : « شَكَّ » ، والكليات ٣ / ٦٢ وزارة الثقافة دمشق ١٩٨٢ ونجعة الرائد ٢ / ١٩٣ منشورات المكتبة البوليسية ١٩٧٠ .

(٢) سورة يونس /٩٤ .

(٣) المراجع السابقة .

(٤) حديث : « نحن أحق بالشك من إبراهيم » أخرجه البخاري (الفتح ٨ / ٢٠١ - ط السلفية) ومسلم (١ / ١٣٣ - ط الحلبي) .

(٥) سورة البقرة / ٢٦٠ .

---

(١) النهاية في غريب الحديث والأثر ٢ / ٤٩٥ ، المكتبة الإسلامية ، ولسان العرب .

(٢) المصادر السابقة وغمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر لا بن نجيم ١ / ١٩٣ ، ٢٠٤ ، المكتبة العلمية ، بيروت ، ونهاية المحتاج ١ / ١١٤ ، والموسوعة الفقهية ٤ / ٢٩٥

(٣) المراجع السابقة .

(٤) المحصول ١ / ١٠١ . لجنة البحوث بجامعة ابن سعود الإسلامية سنة ١٣٩٩ هـ ونهاية السول في شرح منهاج الأصول للبيضاوي ١ / ٤٠ (المطبعة السلفية القاهرة ١٣٤٣هـ) والكليات للكفوي ٣/٦٢ - ٦٣ .

الألفاظ ذات الصلـة :

أ ـ اليقين :

٢ ـ اليقـين مصدر يقن الأمر يقنه إذا ثبت ووضح ، ويستعمل متعديا بنفسه وبالياء ، ويطلق ـ لغة ـ على العلم الحاصل عن نظر واستدلال ولهذا لا يسمى علم الله يقينا [١] . وهـو عنـد علماء الأصول : الاعتقاد الجازم المطابق للواقـع الثـابت [٢] . فاليقـين ضد الشك . [٣] فيقال شك وتيقن ولا يقال شك وعلم لأن العلم اعتقاد الشيء على ما هو به على سبيل الثقة .

ب ـ الاشتباه :

٣ ـ الاشتبـاه هو مصـدر اشتبـه ، يقال : اشتبه الشيئان وتشابها ، إذا أشبه كل واحد منهما الآخر ، كما يقال : اشتبه عليه الأمر أي اختلط والتبس لسبب من الأسبـاب أهمهـا الشك ، فالعلاقة بينهما ـ إذًا ـ سببية حيث يعد الشك سببا هاما من أسباب الاشتباه .

كما قديكون الاشتباه سببا للشك [٤] .

(١) المصبـاح المنـير ، والقاموس المحيط (يقن) والفروق في اللغة ص٧٢ نشر الدار العربية للكتاب.تونس١٩٨٣ ، والكليات للكفوي ٥ / ١١٦ .

(٢) المحصول ١ / ٩٩ وما بعدها ، ونهاية السول ١ / ٣٩، ٤٠ .

(٣) الفروق في اللغة ص ٧٣ ، وشرح القواعد الفقهية ص ٣٥ .

(٤) راجع مصطلح (اشتباه) بالموسوعة الفقهية ٤ / ٢٩٠ وما بعدها .

ج ـ الظـن :

٤ ـ الـظن مصـدر ظن من باب قتـل وهو خلاف اليقين ، ويطلق عند الأصوليين على الـطرف الـراجـح من الـطرفـين [١] . وقـد يستعمل مجازا بمعنى اليقين كقوله تعالى : ﴿ الذين يظنون أنهم ملاقو ربهم ﴾ [٢] وقد تقدم أن الفقهاء لا يفرقون غالبا بين الظن والشـك .

د ـ الوهـم :

٥ ـ الـوهم مصدر وهم وهو عند الأصوليين الـطرف المرجوح من طرفي الشك [٣] . وهو ماعـبر عنـه الحمـوي ـ نقـلا عن متأخري الأصوليين ـ حيث قال : الوهم تجويز أمرين أحدهما أضعف من الآخر [٤] .

والمتأكد أنه لا يرتقي لأحداث اشتباه [٥] . إذ « لا عبرة للتـوهم » [٦] . وبناء على ذلك ذكر الفقهاء أنه لا يثبت حكم شرعي استنادا

(١) غمـز عيون البصـائر على الأشباه والنظائر ١ / ١٩٣ ، ٢٠٤ ، والمحصـول للرازي ١/١٠١، ونهاية السـول للأسنوي ١/٤٠ والكليات للكفوي ٣/٦٣، والمصباح المنير للفيومي .

(٢) سورة البقرة / ٤٦ .

(٣) المحصول ١/١٠١ ، ونهاية السول ١/٤٠ ، وغمزعيون البصـائر على الأشبـاه ١/١٩٣، ٢٠٤ ، والكليات ٣/٦٣ ، والمصباح المنير .

(٤) غمـز عيون البصـائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم ١ / ١٩٣ .

(٥) الموسوعة الفقهية ٤ / ٢٩١ .

(٦) مجلة الأحكام العدلية المادة ٧٤ .

على وهم ، ولا يجوز تأخير الشيء الثابت بصورة قطعية بوهم طارىء [١].

أقسام الشك باعتبار حكم الأصل الذي طرأ عليه :

٦ - ينقسم الشك - إجمالا - بهذا الاعتبار إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : شك طرأ على أصل حرام مثل أن يجد المسلم شاة مذبوحة في بلد يقطنه مسلمون ومجوس فلا يحل له الأكل منها حتى يعلم أنها ذكاة مسلم ، لأن الأصل فيها الحرمة ووقع الشك في الذكاة المطلوبة شرعا ، فلو كان معظم سكان البلد مسلمين جاز الإقدام عليها والأكل منها عملا بالغالب المفيد للحلّية [٢].

القسم الثاني : شك طرأ على أصل مباح كما لو وجد المسلم ماء متغيرا فله أن يتطهر منه مع احتمال أن يكون تغير بنجاسة ، أو طول مكث ، أو كثرة ورود السباع عليه ونحو ذلك استنادا إلى أن الأصل طهارة المياه [٣]. مع العلم أن الله تعالى لم يكلف المؤمنين تجشم البحث للكشف عن طهارته أو نجاسته تيسيرا عليهم ، حيث ورد في الأثر أن عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - خرج في ركب فيهم عمرو بن العاص - رضي الله عنه - حتى وردوا حوضا فقال عمرو بن العاص لصاحب الحوض : يا صاحب الحوض هل ترد حوضك السباع ؟ فقال عمر : يا صاحب الحوض لا تخبرنا ، فإنا نرد على السباع ، وترد علينا [١].

وفيه أيضا : أن عمر بن الخطاب نفسه كان مارا مع صاحب له فسقطَ عليهما شيء من ميزاب ، فقال صاحبه : يا صاحب الميزاب ماؤك طاهر أو نجس ؟ فقال عمر : يا صاحب الميزاب لا تخبرنا ، ومضى [٢].

فإن اشتبه عليه ماء طاهر وماء نجس تحرى ، فما أداه اجتهاده إلى طهارته توضأ به [٣].

القسم الثالث: شك لا يعرف أصله مثل التعامل مع شخص أكثر ماله حرام دون تمييز

(١) القواعد الفقهية ص ٣٧٨ - دار القلم . دمشق ط ١ - ١٤٠٦ هـ .

(٢) غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر لابن نجيم جـ١ ص ١٩٣ . وحاشية الطحطاوى على مراقي الفلاح ١ / ٢٢ . المطبعة الأزهرية . مصر سنة ١٣٢٨ هـ .

(٣) المصدرين السابقين ، وانظر : بدائع الصنائع ١ / ٧٣ ، دار الكتاب العربي بيروت . ومواهب الجليل (بهامشه التاج والأكليل) ١ / ٦٤ - ٦٥ - ٥٣ .

(١) المنتقى ١ / ٦٢ ، وإغاثة اللهفان ص ٨٢ . مصر سنة ١٣٢٠ هـ . وأثر عمر بن الخطاب : خرج في ركب فيهم عمرو بن العاص . أخرجه مالك في المؤطأ (١ / ٢٣ - ٢٤ - ط الحلبي) .

(٢) المصدر السابق .

(٣) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ١ / ٨٦ . دار القلم . عمان ط ١ .

لهذا من ذاك لاختلاط النوعين معا اختلاطا يصعب تحديده ، فمثل هذا الشخص لا تحرم مبايعته ولا التعامل معه لإمكان أن يكون المقابل حلالا طيبا ، ولكن رغم هذا الاحتمال فقد نص الفقهاء على كراهة التعامل معه خوفا من الوقوع في الحرام [١] .

كما نصوا على أن « المشكوك في وجوبه لايجب فعله ولا يستحب تركه بل يستحب فعله احتياطا » [٢] .

أقسام الشك بحسب الإجماع على اعتباره وإلغائه :

٧ ـ ذكر القرافي أن الشك بهذا الاعتبار ينقسم أيضا إلى ثلاثة أقسام :

القسم الأول : مجمع على اعتباره كالشك في المذكاة والميتة ، فالحكم تحريمهما معا .

القسم الثاني : مجمع على إلغائه ، كمن شك هل طلق أم لا ؟ فلا شيء عليه ، وشكه يعتبر لغوا .

القسم الثالث: اختلف العلماء في جعله سببا ، كمن شك هل أحدث أم لا ؟ فقد اعتبره مالك دون الشافعي . ومن شك هل طلق ثلاثا أم اثنتين ؟ ألزمه مالك الطلقة

(١) غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر ١ / ١٩٣ ،

(٢) وحاشية الطحطاوي على مراقي الفلاح ١ / ٢٢ . القواعد الفقهية للندوي ص ٢١٨ .

المشكوك فيها خلافا للشافعي [١] وسيأتى تفصيله .

الشك لا يزيل اليقين ، أو « اليقين لا يزول بالشك » أو « لا شك مع اليقين » :

٨ ـ هذه القاعدة ـ على اختلاف تراكيبها ـ من أمهات القواعد التي عليها مدار الأحكام الفقهية وقد قيل : إنها تدخل في جميع أبواب الفقه ، والمسائل المخرجة عنها من عبادات ومعاملات تبلغ ثلاثة أرباع علم الفقه [٢] .

الشك في الميراث :

٩ ـ الميراث استحقاق وكل استحقاق لايثبت إلا بثبوت أسبابه وتوفر شروطه وانتفاء موانعه ، وهذه لا تثبت إلا بيقين ، فلا يتصور مثلا ثبوت الاستحقاق بالشك في طريقه وبالتالي لا يتصور ثبوت الميراث بالشك [٣] .

الشك في الأركان :

١٠ ـ أركان الشيء هي أجزاء ما هيته التي يتكون منها ، وهي التي تتوقف صحتها على توفر شروطها [٤] . وأركان أي عبادة من العبادات يراد بها فرائضها التي لابد منها إذ

(١) الفروق ١/ ٢٢٥ ، ٢٢٦ (دار إحياء الكتب ط ١ س ١٣٤٤ هـ)

(٢) غمز عيون البصائر على الأشباه ١ / ١٩٤ .

(٣) راجع : شرح السراجية للجرجاني ١ / ٢١٩ . مطبعة الحلبي بمصر سنة ١٣٦٣ هـ ١٩٤٤ م .

(٤) المصباح المنير .

لافرق بين الركن والفرض إلا في الحج حيث تتميز الأركان فيه على الواجبات والفروض بعدم جبرها بالدم [1].

فمن شك في ركن من أركان العبادة أو في فرض من فرائضها ، هل أتى به أم لا ؟ فإنه يبني على اليقين المحقق عنده ، ويأتي بما شك فيه ، ويسجد بعد السلام سجدتين لا حتمال أن يكون قد فعل ما شك فيه ، فيكون ما أتى به بعد ذلك محض زيادة ، وقال ابن لبابة : يسجد قبل السلام ، وفي غلبة الظن هنا قولان داخل المذهب المالكي : منهم من اعتبرها كالشك ومنهم من اعتبرها كاليقين [2].

وفيما تقدم يقول الشيخ ابن عاشر- صاحب المرشد المعين :

من شك في ركن بنى على اليقين
وليسجدوا البعدي لكن قد يبين [3].

قال الشيخ محمد بن أحمد ميارة : ويقيد كلام صاحب هذا النظم بغير الموسوس أو كالمستنكح لأن هذا يعتد بما شك فيه ،

(١) الدر الثمين والمورد المعين في شرح المرشد المعين على الضروري من علموم الدين (ميارة الكبرى) ٢ / ١١٤ (بهامشه : شرح خطط السداد) .

(٢) ميارة الكبرى ٢ / ٣٢ ، ٣٣ ، وميارة الصغرى ص ٤٦ مطبعة التقدم بمصر ط ٣ سنة ١٣٣٢ هـ .

(٣) المرشد المعين على الضروري من علوم الدين ص ١٤ . (المطبعة العلمية بتونس ط ٤ سنة ١٣٤٥ هـ)

وشكه كالعدم ويسجد بعد السلام ، فإذا شك هل صلى ثلاثا أو أربعا بنى على الأربع وسجد بعد السلام [1].

وإجمالا فإن الشك على قسمين : مستنكح: أي يعتري صاحبه كثيرا وهو كالعدم لكنه يسجد له بعد السلام ، وغير مستنكح : وهو الذي يأتي بعد مدة وحكمه وجوب البناء على اليقين ، وأن السهو أيضا على قسمين : مستنكح وغير مستنكح [2].

راجع مصطلح (سهو) من الموسوعة الفقهية .

وإن من شك في جلوسه هل كان في الشفع أو في الوتر؟ فإن المنصوص لمالك أنه يسلم ويسجد لسهوه ، ثم يوتر بواحدة لاحتمال أن يكون أضاف ركعة الوتر إلى ركعتي الشفع من غير سلام فيصير قد صلى الشفع ثلاثا ، ومن هنا طولب بالسجود بعد السلام ، وأن هذه المسألة : أي مسألة الشك في الركن تتفق في الحكم مع مسألة التحقق من الإخلال بركن ففي الأولى يلغى الشك ويبنى على اليقين مع السجود بعد السلام ، وفي الثانية يجبر الركن ويقع السجود بعد السلام [3]. وإن الذى يجمع

(١) ميارة الكبرى ٢ / ٣٢ ، وميارة الصغرى ص ٤٦ (مختصر الدر الثمين) .

(٢) ميارة الكبرى ٢ / ٣٣ (الدر الثمين) .

(٣) ميارة الكبرى ٢ / ٣٣ (الدر الثمين) .

هذا كله هو قولهم : الشـك في النقصـان كتحققه [١] . ولذلك قال الونشريسي في شرح هذه القاعدة : ومن ثم لو شك أصلى ثلاثا أم أربعـا ؟ أتى برابعـة أو شك في بعض أشواط الطواف أو السعي أو شك هل أتى بالثـالثـةِ أم لا ؟ بنى في جميع ذلـك على اليقين [٢] . وتتمم هذه القاعدة قاعدة أخرى نصهـا : الشـك في الـزيادة كتحققها [٣] . كالشك في حصول التفاضل في عقود الربا ، والشك في عدد الطلاق ونحو ذلك [٤] .

الشك في السبب :

١١ ـ السبب لغـة : هو الحبل أو الطريق ثم استعير من الحبل ليدل على كل ما يتوصل به إلى شيء ، كقـوله جل ذِكْره : ﴿ وتقطعت بهم الأسبـاب ﴾ [٥] أي العلائق التي ظنوا أنها ستـوصلهم إلى النعيم ، ومنـه الحديث الشريف : « وإن كان رزقـه في الأسباب » أي في طُرقِ السَّـماء وأبـوابهـا [٦] . وهو ـ في اصـطلاح الفقهاء والأصوليين ـ الأمر الذى جعله الشرع أمـارة لوجـود الحكم وجعـل انتفاءه أمارة على عدم الحكم [١] .

وبناء على هذا فإن السبب لا ينعقد إلا بجعل المشرع له كذلك .

وحتى يكـون السبب واضـح التـأثـيرـ بجعل الله ـ ينبغي أن يكون متيقنا إذ لا تأثير ولا أثر لسبب مشكوك فيه ، وذلك كالشك في أسبـاب الميراث بأنواعها [٢] . فإنه مانع من حصـول المـيراث بالفعـل إذ لا ميراث مع الشـك في سببـه كما هو مقرر [٣] . شأنه في ذلـك شأن الشك في دخول وقت الظهر أو وقت العصر ونحوهما من أسباب العبادات [٤] .

وقد خصص القرافي فرقا هاما ميز فيه بين قاعدة الشك في السبب وبين قاعدة السبب

---

(١) إيضـاح المسـالـك إلى قواعـد الإمام مالك ص ١٩٧ ـ الرباط ١٤٠٠ هـ ـ ١٩٨٠ م .

(٢) المصدر السابق ١٩٧ ، ١٩٨ .

(٣) نفس المصدر ص ٢٠١ .

(٤) المسالك إلى قواعد الامام مالك للونشريسي ص ٢٠١ ، الفروق للقرافي ١ / ٢٢٦ الفرق ٤٤ .

(٥) سورة البقرة / ١٦٦ .

(٦) حديث : « وإن كان رزقه في الأسباب » أورده ابن الأثير في « النهاية (٢ / ٣٢٩ ـ ط الحلبي) ولم نهتد إليه في أي مصدر من المصادر الحديثية لدينا .

---

(١) الموافقات ١ / ١٨٧ وما بعدها .

(٢) يتـوقف الإرث على ثلاثـة أمـور : وجـود أسبابه وشروطه وانتفاء موانعه ، ولكن منها مبحث خاص به ، فأما أسبابه المتفق عليهـا فهي ثلاثـة القـرابـة والـزوجية والـولاء . (التحقيقـات المـرضية في المبـاحث الفرضية ص ٣١ ـ ٣٨ . ط ٣ سنة ١٤٠٧ هـ. المملكة العربية السعودية) .

(٣) بدائـع الصنـائـع ٣ / ٢١٧ ، ٢١٨ ، مواهب الجليل ٦ / ٦٢٣ ، ٦٢٤ ، التاج والإكليل ٦ / ٦٢٣ ـ ٦٢٤ .

(٤) جواهـر الإكليل شرح مختصر خليل ١ / ٣٣ ، كشاف القناع ١ / ١٧٧ ، (بهامشه منتهى الإرادات) ـ الإقناع في فقه أحمد بن حنبل ١ / ٨٤ ، ٨٥ .

في الشـك [١]. أشار في بدايته إلى أن هذا الموضوع قد أشكل أمره على جميع الفضلاء ، وانبنى على عدم تحريره إشكـال آخـر في مواضـع ومسـائل كثيرة حتى خرق بعضهم الإجماع فيها [٢].

والقـول الفصل في هذا الموضوع حسب رأي القـرافي : « أن الشارع شرع الأحكام وشرع لها أسبابا وجعل من جملة ما شرعه من الأسباب الشك ، فشرعه ـ حيث شاء ـ في صور عديدة : فإذا شك في الشـاة والميتـة حرمتا معا ، وسبب التحريم هو الشك ، وإذا شك في الأجنبية وأختـه من الرضاعة حرمتا معا ، وسبب التحريم هو الشك ، وإذا شك في عين الـصـلاة المنسية وجب عليه خمس صلوات ، وسـبـب وجـوب الخمس هو الشـك ، وإذا شك هل تطهر أم لا؟ وجب الوضوء ، وسبب وجوبه هو الشك ، وكذلك بقية النظائر [٣].

« فالـشـك في السبب غير السبب في الشك : فالأول يمنع التقرب ولا يتقرر معه حكم ، والثاني لا يمنع التقرب وتتقرر معه الأحكام كما هو الحال في النظائر السابقة » ولا ندعي أن صاحب الشرع نصب الشك سببـا في جميع صوره بل في بعض الصـور بحسب ما يدل عليه الإجماع أو النص ، وقد يلغي صاحب الشرع الشـك فلا يجعل فيه شيئا : كمن شك هل طلق أم لا . فلا شيء عليه ، والشـك لغو ، ومن شك في صلاته هل سهـا أم لا؟ . فلا شيء عليه والشـك لغو . فهذه صور من الشك أجمع الناس على عدم اعتباره فيها ، كما أجمعوا على اعتباره فيما تقدم ذِكْره من تلك الصور .

وقـسم ثالث اختلف العلماء في نصبـه سببا : كمن شك هل أحدث أم لا ؟ فقد اعتبره مالك خلافا للشافعي ، ومن شك هل طلق ثلاثـا أم اثنتين؟ ألـزمـه مالك الطلقة المشكوك فيها خلافا للشافعي ، ومن حلف يمينا وشك ما هي ؟ ألزمه مالك جميع الأيمان [١] .

الشك في الشَّـرط :

١٢ ـ الشَرَط ـ بفتحتـين ـ : العلامة والجمع أشراط مثـل سبب وأسبـاب ، ومنه أشراط الساعة ، أي علاماتها ودلائلها . والشرْط ـ بسكون الراء ـ يجمع على شروط . تقول :

---

(١) الفروق ١ / ٢٢٥ ـ تهذيب الفروق ١ / ٢٢٧ (بهامش الفروق) .

(٢) المصدرين السابقين .

(٣) نفس المصدرين ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ مع تصرف طفيف . وانـظر أيضـا : إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي ص ٢٠١ .

(١) المصـادر السـابقـة والفـروق ص ٢٢٦ ـ ٢٢٧ وتهذيب الفروق بهامش الفروق ١ / ٢٢٨ .

شرط عليه شرطا واشترطت عليه ، بمعنى واحد عند أهل اللغة [١].

أما الشرط عند الفقهاء والأصوليين : فهو ما جعله الشارع مكملا لأمر شرعي لا يتحقق إلا بوجوده : كالطهارة ؛ جعلها الله تعالى مكملة للصلاة فيما يقصد منها من تعظيمه سبحانه وتعالى إذ الوقوف بين يديه تعالى مع الطهارة الشاملة للبدن والثياب والمكان أكمل في معنى الاحترام والتعظيم ، وبهذا الوضع لا تتحقق الصلاة الشرعية إلا بها ، فالشرط بهذا الاعتبار يتوقف عليه وجود الحكم وهو خارج عن المشروط ، ويلزم من عدمه عدم الحكم ، ولا يلزم من وجوده وجود الحكم ولا عدمه [٢].

و « الشك في الشرط مانع من ترتب المشروط » [٣] وهو كذلك يوجب الشك في المشروط [٤]. وبناء على ذلك وجب الوضوء على من تيقن الطهارة وشك في الحدث على المشهور عند المالكية، وامتنع القصاص من الأب في قتل ابنه [١]. وامتنع الإرث بالشك في موت المورث أو حياة الوارث ، وبالشك في انتفاء المانع من الميراث [٢].

الشك في المانع :

١٣ ـ المانع لغة : الحائل [٣].

أما المانع في الاصطلاح فقد عرف بقولهم : هو ما يلزم من أجل وجوده العدم ـ أى عدم الحكم ـ ولا يلزم من أجل عدمه وجود ولا عدم [٤]. كقتل الوارث لمورثه عمدا وعدوانا فإنه يعد مانعا من الميراث ، وإن تحقق سببه وهو القرابة أو الزوجية أو غيرهما .

فإذا وقع الشك في المانع فهل يؤثر ذلك في الحكم ؟ انعقد الإجماع على أن « الشك في المانع لا أثر له » [٥] أي أن الشك ملغى بالإجماع [٦]. ومن ثم الغي الشك الحاصل في ارتداد زيد قبل وفاته أم لا ؟ وصح الإرث منه استصحابا للأصل الذي هو الإسلام [٧]. كما ألغي الشك في الطلاق ،

(١) النهاية في غريب الحديث والأثر لابن الأثير ٢ / ٤٦٠ .

(٢) الفروق للقرافي ١ / ١١٠ ، ١١١ ، والموافقات للشاطبي ١ / ٢٦٢ ، ولباب الفرائض ص ٤ ، مطبعة الإرادة . بتونس . والعذب الفائض شرح عمدة الفرائض ١ / ١٧ (مطبعة الحلبي . مصر . ط ١ سنة ١٣٧٢ هـ)

(٣) قاعدة فقهية نص عليها الونشريسي في كتابه : إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص ١٩٢ .

(٤) قاعدة فقهية نص عليها القرافي في الفروق ١ / ١١١

(١) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ١ / ١٧

(٢) لباب الفرائض ص ٤ ـ العذب الفائض ١ / ١٧ النهاية في غريب الحديث ٤ / ٣٦٥ .

(٣) الفروق ١ / ١١١ ، والأحكام للآمدى ١ / ٦٧ ـ لباب الفرائض ص ٤ ، العذب الفائض ١ / ٢٣ .

(٤) قاعدة فقهية ذكرها الونشريسي في إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص ١٩٣ .

(٥) القاعدة منقولة عن ابن العربى وذكرها المقرى في قواعده ورقمها فيه ٦٥٠ ، انظر أيضا المصدر السابق (إيضاح

(٦) المسالك ص ١٩٣) .

(٧) الفروق للقرافي ١ / ١١١ .

بمعنى شك الزوج هل حصل منه الطلاق أم لا ؟ وقد سبق أن الشك هنا لا تأثير له وأن الواجب استصحاب العصمة الثابتة قبل الشك ، لأن الشك هنا كان من قبيل الشك في حصول المانع وهو ملغى [١] وسيأتي التفريق بين هذه المسألة وبين مسألة الشك في الحدث عند تناول الشك في الطهارة .

وعلى هذا النحو أيضا ألغي الشك في العتاق والظهار وحرمة الرضاع وما إليها [٢].

قال الخطابي ـ في خصوص الرضاع ـ: هو من الموانع التي يمنع وجودها وجود الحكم ابتداء وانتهاء ، فهو يمنع ابتداء النكاح ويقطع استمراره ـ إذا طرأ عليه ـ فإذا وقع الشك في حصوله لم يؤثر بناء على قاعدة « الشك ملغي » وقد يقال : إن الأحوط التنزه عن ذلك وقد ذكروا أنه لا ينبغي للشخص أن يقدم إلا على فرج مقطوع بِحِلّيته .

الشك في الطهارة :

١٤ ـ أجمع الفقهاء على أن من تيقن الحدث وشك في الطهارة يجب عليه الوضوء ، وإعادة الصلاة إن صلى لأن الذمة مشغولة فلا تبرأ إلا بيقين ، فإن تيقن الطهارة وشك في الحدث فلا وضوء عليه عند جمهور الفقهاء لأن

(١) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص ١٩٣ .

(٢) إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك ص ١٩٣ .

الوضوء لا ينقض بالشك عندهم [١] لحديث عبد الله بن زيد قال : « شكي إلى النبي ﷺ الرجل يخيل إليه أنه يجد الشيء فى الصلاة ؟ فقال ـ ﷺ ـ : لا ينصرف حتى يسمع صوتا أو يجد ريحا » [٢]

وقال المالكية ـ في المشهور من المذهب ـ: من تيقن الطهارة ثم شك في الحدث فعليه الوضوء وجوبا ـ وقيل : استحبابا ـ لما تقرر من أن الشك في أحد المتقابلين يوجب الشك في الآخر، إلا أن يكون مستنكحا [٣]، وعلى هذا يحمل الحديث [٤].

وذكر الفقهاء في هذا الباب أيضا أن من تيقن الطهارة والحدث معا وشك في السابق منهما فعليه أن يعمل بضد ما قبلهما : فإن كان قبل ذلك محدثا فهو الآن متطهر ، لأنه تيقن الطهارة بعد ذلك الحدث وشك في

(١) رد المحتار على الدر المختار ١ / ١٣٩ . بولاق. المطبعة الأميرية ط ٣ سنة ١٣٢٩ هـ . ، التمهيد لابن عبد البر ٢٧/٥ ، نيل الأوطار للشوكاني ١ / ٢٠٣ مصر سنة ١٣٥٧ هـ . ، ونهاية المحتاج ١ / ١١٤ ، والمغني مع الشرح الكبير ١ / ٢٢٦ ، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ١ / ١٥٥ ـ ١٥٦ .

(٢) حديث عبد الله بن زيد قال : شكى إلى النبي ﷺ أخرجه البخارى (الفتح ١ / ٢٣٧ ـ ط السلفية) ومسلم (١ / ٢٧٦ ـ ط الحلبي) .

(٣) المستنكح هو الذى يشك في كل وضوء وصلاة أو يطرأ عليه ذلك في اليوم مرة أو مرتين (مواهب الجليل ١ / ٣٠٠) .

(٤) المدونة الكبرى ١ / ١٣ ، ١٤ ـ مواهب الجليل ١ / ٣٠٠ ، التاج والإكليل ١ / ٣٠١ ، التمهيد ٥ / ٢٧ ، المعيار ١ / ١٠ ، ١١ .

انتقاضها ، حيث لايدري هل الحدث الثاني قبلها أو بعدها؟ ، وإن كان متطهرا وكان يعتاد التجديد فهو الآن محدث لأنه متيقن حدثا بعد تلك الطهارة وشك في زواله حيث لا يدري هل الطهارة الثانية متأخرة عنه أم لا ؟ [١].

قال ابن عبد البر : مذهب الثوري وأبي حنيفة وأصحابه و الأوزاعي والشافعي ومن سلك سبيله البناء على الأصل حدثا كان أو طهارة ، وهو قول أحمد بن حنبل ، وإسحاق وأبي ثور والطبري ، وقال مالك : إن عرض له ذلك كثيرا فهو على وضوئه ، وأجمع العلماء أن من أيقن بالحدث وشك في الوضوء فإن شكه لا يفيد فائدة وأن عليه الوضوء فرضا وهذا يدل على أن الشك عندهم ملغى ، وأن العمل عندهم على اليقين ، وهذا أصل كبير في الفقه فتدبره وقف عليه [٢].

ومن هذا القبيل ما جاء عن الفقهاء من أن المرأة إذا رأت دم الحيض ولم تدر وقت حصوله فإن حكمها حكم من رأى منيا في ثوبه ولم يعلم وقت حصوله ، أي عليها أن تغتسل وتعيد الصلاة من آخر نومة ، وهذا

(١) الموسوعة الفقهية ٤ / ٢٩٥ ، والتاج والإكليل ١ / ٣٠١ ، والمغني مع الشرح الكبير ١ / ٢٢٧ .

(٢) التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ٥ / ٢٧ .

أقل الأقوال تعقيدا وأكثرها وضوحا [١]. وضابطه ما قاله ابن قدامة من أن حكم الحيض المشكوك فيه كحكم الحيض المتيقن في ترك العبادات [٢].

والمراد بالشك ـ في هذا الموضع ـ مطلق التردد ـ كما سبق في مفهومه عند الفقهاء سواء أكان على السواء أم كان أحد طرفيه أرجح [٣].

الشك في الصلاة :

أ ـ الشك في القبلة :

١٥ ـ من شك في جهة الكعبة فعليه أن يسأل عنها العالمين بها من أهل المكان إن وجدوا وإلا فعليه بالتحري والاجتهاد لما رواه عامر بن ربيعة ـ رضي الله تعالى عنه ـ قال : كنا مع النبي ﷺ في سفر في ليلة مظلمة فلم ندر أين القبلة ، فصلى كل رجل منا على حياله فلما أصبحنا ذكرنا ذلك للنبي ﷺ ، فنزل ﴿ فأينما تولوا فثم وجه الله ﴾ [٤]. وقبلة

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١ / ١٣٢ ـ ١٣٣ ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ١ / ٢١٩ ـ ٢٢٠ ، ومواهب الجليل ١ / ٣١٢ ، والمغني مع الشرح الكبير ١ / ٣٧٣ ، والمهذب للشيرازي ١ / ٤٢ ، ٤٣ .

(٢) المغني مع الشرح الكبير ١ / ٣٧٥ .

(٣) الموسوعة الفقهية ٤ / ٢٩٥ ، نهاية المحتاج ١ / ١١٤ .

(٤) حديث عامر بن ربيعه : كنا مع النبي ﷺ في سفر في ليلة مظلمة . أخرجه الترمذي (٢ / ١٧٦ ـ ط . الحلبي) وضعف إسناده ، وذكر ابن كثير في تفسيره (١ / ٢٧٨ ـ ط . دار الأندلس) أسانيده ، وقال : « وهذه الأسانيد فيها ضعف ، ولعله يشد بعضها بعضا » .

المتحـــري - كما ورد عن علي بن أبي طالب رضي الله عنـــه - هي جهـــة قصـــده [١].
والصـلاة الواحدة لجهة القصد هذه تجزىء المصـلي وتسقط عنه الطلب لعجزه ، ويرى ابن عبد الحكم أن الأفضل له أن يصلي لكل جهـة من الجهـات الأربع أخذا بالأحوط ، وذلك إذا كان شكه دائرا بينها أما إذا انحصر شكه في ثلاث جهات فقط مثلا فإن الرابعة لا يصلي إليها ، وقد اختار اللخمي ما فضله ابن عبد الحكم ، ولكن المعتمد الأول عند جمهور المالكية وغيرهم [٢].

ب - الشك في دخول الوقت :

١٦ - من شك في دخول الوقت لم يصل حتى يغلب على ظنـه دخـولـه لأن الأصـل عدم دخوله ، فإن صلى مع الشك فعليه الإعادة وإن وافق الوقت ، لعدم صحة صلاته مثلما هو الأمر فيمن اشتبهت عليه القبلة فصلى من غير اجتهاد [٣].

(١) تبيين الحقـائق شرح كنـز الـدقائق ١ / ١٠١ ، بدائع الصنائع ١ / ١١٨ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١ / ٢٢٧ ، ونهاية المحتاج للرملي ١ / ٤١٩ - ٤٢٤ ، وبدائع الصنائع ١ / ١١٨ .

(٣) جواهـر الإكليل شرح مختصر خليل ١ / ٣٣ ، كشاف القناع (بهامشه منتهى الإرادات) ١ / ١٧٧ ، الإقناع في فقه أحمد بن حنبل ١ / ٨٤ ، ٨٥ (المطبعة المصرية بالأزهر سنة ١٣٥١ هـ)

ج - الشك في الصلاة الفائتة :

١٧ - من فاتته صلاة من يوم ما ، ولا يدري أى صلاة هي فعليه أن يعيد صلاة يوم وليلة حتى يخرج مـن عهـدة الواجب بيقين لا بشك [١].

د - الشك في ركعة من ركعات الصلاة :

١٨ - اختلف الفقهاء فيمن شك في صلاته فلم يدر أو احدة صلى أو اثنتين أو ثلاثا أو أربعـا ؟ وقـال مالك والشافعي : يبني على اليقين ولا يجزئه التحري ، وروى مثل ذلك عن الثوري والطبري ، واحتجوا لذلك :

أولا : بحديث أبي سعيد الخـدري : أن النبي ﷺ قال: «إذا شك أحدكم في صلاته فلم يدر كم صلى أثـلاثـا أم أربعا؟فليطرح الشـك وليبن على ما استيقن ثم يسجـد سجـدتـين قبل أن يسلم . فإن كان صلى خمسا ، شفعن له صلاته ، وإن كان صلى إتماما لأربع كانتا ترغيما للشيطان » [٢].

وثـانيا : بالقاعدتين الفقهيتين اللتين في معنى الأحاديث المشار إليها وغيرها مما يوجب البناء على اليقين [٣]. وهما :

(١) البحر الرائق شرح كنز الدقائق لابن نجيم ٢ / ٨٧ .

(٢) حديث : « إذا شك أحـدكم في صلاته . . . » أخرجه مسلم (١ / ٤٠٠ - ط . الحلبي) .

(٣) التمهيد ٥ / ٢٥ ، الفروق ١ / ٢٢٧ ، إيضاح المسالك إلى قواعد الإمام مالك للونشريسي ص ١٩٧ .

القاعدة الأولى : « اليقين لايزيله الشك ». والثانية : « والشك في النقصان كتحققه » .

وقال أبو حنيفة إذا كان الشك يحدث له لأول مرة بطلت صلاته ولم يتحر وعليه أن يستقبل صلاة جديدة .

وإن كان الشك يعتاده ويتكرر له يبني على غالب ظنه بحكم التحري ويقعد ويتشهد بعد كل ركعة يظنها آخر صلاته لئلا يصير تاركا فرض القعدة ، فإن لم يقع له ظن بنى على الأقل، وقال الثوري ـ في رواية عنه ـ يتحرى سواء كان ذلك أول مرة أو لم يكن .

وقال الأوزاعي : يتحرى ، قال : وإن نام في صلاته فلم يدر كم صلى ؟ استأنف .

وقال الليث بن سعد : إن كان هذا شيئا يلزمه ولا يزال يشك أجزأه سجدتا السهو عن التحري ، وعن البناء على اليقين ، وإن لم يكن شيئا يلزمه استأنف تلك الركعة بسجدتيها .

وقال أحمد بن حنبل : الشك على وجهين : اليقين والتحري ، فمن رجع إلى اليقين ألغى الشك وسجد سجدتي السهو قبل السلام ، وإذا رجع إلى التحري سجد سجدتي السهو بعد السلام [١]. ودليله حديث أبي هريرة ـ رضي الله تعالى عنه ـ أن النبي ﷺ قال : « إن أحدكم إذا قام يصلي جاء الشيطان فلبس عليه حتى لا يدري كم صلى ، فإذا وجد ذلك أحدكم فليسجد سجدتين وهو جالس» [١]

وحجة من قال بالتحري في هذا الموضوع حديث ابن مسعود ـ رضي الله تعالى عنه ـ قال : قال رسول الله ﷺ : « إذا شك أحدكم في صلاته فليتحر الذي يرى أنه الصواب » ثم ـ يعني ـ يسجد سجدتين [٢] .

الشك في الزكاة :

أ ـ الشك في تأديتها :

١٩ ـ لو شك رجل في الزكاة فلم يدر أزكى أم لا ؟ فالواجب عليه إخراجها لأن العمر كله وقت لأدائها ، ومن هنا يظهر الفرق بين صاحب هذه الحالة وبين من شك في الصلاة بعد خروج الوقت أصلّى أم لا ؟ حيث ذكروا ـ كما تقدم ـ إعفاءه من الإعادة لأنها مؤقتة والزكاة بخلافها [٣] .

---

(١) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ٢ / ١٣٧ ، التمهيد ٥ / ٣٦ ، ومراقي الفلاح ٢٥٩ .

(١) حديث : « إن أحدكم إذا قام يصلي جاء الشيطان ... » أخرجه البخاري (الفتح ٣ / ١٠٤ ـ ط السلفية) ومسلم (١ / ٣٩٨ ـ ط الحلبي) .

(٢) حديث ابن مسعود : «إذا شك أحدكم في صلاته .» أخرجه النسائي (٣ / ٢٨ ـ ط المكتبة التجارية) ، وإسناده صحيح .

(٣) الفروق للقرافي ١ / ٢٢٥ ، وغمز عيون البصائر على =

ب ـ الشك في تأدية كل الزكاة أو بعضها :

٢٠ ـ ذكر ابن نجيم أن حادثة وقعت مفادها: أن رجلا شك هل أدى جميع ما عليه من الزكاة أو لا ؟ حيث كان يؤدي ما عليه متفرقا من غير ضبط ، فتم إفتاؤه بلزوم الإعادة حيث لم يغلب على ظنه دفع قدر معين ، وهذا الحكم هو مقتضى القواعد لأن الزكاة ثابتة في ذمته بيقين فلا يخرج عن العهدة بالشك [1] .

ج ـ الشك في مصرف الزكاة :

٢١ ـ إذا دفع المزكي الزكاة وهو شاك في أن من دفعت إليه مصرف من مصارفها ولم يتحر ، أو تحرى ولم يظهر له أنه مصرف ، فهو على الفساد إلا إذا تبين له أنه مصرف [2] . بخلاف ما إذا دفعت باجتهاد وتحرٍّ لغير مستحق في الواقع كالغني والكافر [3] . ففيه تفصيل ينظر في مصطلح زكاة (ف ١٨٨ ـ ١٨٩ ج ٢٣ / ٢٣٣) .

= الأشباه ١ / ٢٢٣ ، ٢ / ٥٥ ، ونزهة النواظر على الأشباه والنظائر ص ٦٧ ، ١٩٩ .

(١) المصادر السابقة والحموي ١ / ٢١٠ ، والبحر الرائق شرح كنز الدقائق ٢ / ٢٢٨ .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١ / ٥٠١ ، ٥٠٢ ، والفتاوى الهندية ١ / ١٩٠ ، المطبعة الأميرية . مصر سنة ١٣١٠ هـ . ، بدائع الصنائع ٢ / ٥٠ .

(٣) المصادر السابقة ، والتاج والإكليل ٢ / ٣٥٩ ، ومواهب الجليل ٢ / ٣٥٩ .

الشك في الصيام :

أ ـ الشك في دخول رمضان :

٢٢ ـ إذا شك المسلم في دخول رمضان في اليوم الموالي ليومه ولم يكن له أصل يبني عليه مثل أن يكون ليلة الثلاثين من شعبان ولم يحل دون رؤية الهلال سحب ولا غيوم ومع ذلك عزم أن يصوم غدا باعتباره أول يوم من رمضان لم تصح نيته ولا يجزئه صيام ذلك اليوم لأن النية قصد تابع للعلم الحاصل بطرقه الشرعية وحيث انتفى ذلك فلا يصح قصده وهو رأي حماد وربيعة ومالك وابن أبي ليلى وابن المنذر لأن الصائم لم يجزم النية بصومه من رمضان فلم يصح كما لو لم يعلم إلا بعد خروجه . وكذلك لو بنى على قول المنجمين وأهل المعرفة بالحساب لم يصح صومه وإن كثرت إصابتهم لأنه ليس بدليل شرعي يجوز البناء عليه فكان وجوده كعدمه . وقال الثوري والأوزاعي: يصح إذا نواه من الليل ـ وكان الأمر كما قصد ـ لأنه نوى الصيام من الليل فصح كاليوم الثاني ـ وروى عن الشافعي ما يوافق المذهبين [1] .

ب الشك في دخول شوال :

٢٣ ـ تصح النية ليلة الثلاثين من رمضان

(١) المغني مع الشرح الكبير ٣ / ٢٤ ، ٢٥ . وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ٤ / ١٤٨ ، ونهاية المحتاج ٣ / ١٥٩ ، ونيل الأوطار ٤ / ١٩٢ ، ١٩٣ .

رغم أن هناك احتمالا في أن يكون من شوال ، لأن الأصل بقاء رمضان وقد أمرنا بصومه بالقرآن والسنة لكن إذا قال المكلف : إن كان غدا من رمضان فأنا صائم وإن كان من شوال فأنا مفطر فلا يصح صومه على رأى بعضهم لأنه لم يجزم بنية الصيام والنية قصد جازم ، وقيل : تصح نيته لأن هذا شرط واقع والأصل بقاء رمضان [١] .

جـ ـ الشك في طلوع الفجر :

٢٤ ـ إذا شك الصائم في طلوع الفجر فالمستحب ألا يأكل لاحتمال أن يكون الفجر قد طلع ، فيكون الأكل إفسادا للصوم ولذلك كان مدعوا للأخذ بالأحوط لقوله ﷺ : « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » [٢] .

ولو أكل وهو شاك ، فلا قضاء عليه عند الحنفية والشافعية والحنابلة ، لأن فساد الصوم محل شك والأصل استصحاب الليل حتى يثبت النهار وهذا لا يثبت بالشك [٣] .

(١) المغني مع الشرح الكبير ٣ / ٢٥ ، ٢٦ ، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ٣ / ١٤٩ ، ونهاية المحتاج ٣ / ١٥٩ .

(٢) حديث : « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » أخرجه الترمذي (٤ / ٦٦٨ ـ ط . الحلبي) والحاكم (٤ / ٩٩ ـ ط . دائرة المعارف العثمانية) من حديث الحسن بن علي وقال الذهبي : « سنده قوي » .

(٣) بدائع الصنائع ٢ / ١٠٥ ، ونهاية المحتاج ٣ / ١٧١ ، والإقناع في فقه الإمام أحمد ١ / ٣١٦ ـ دار المعرفة . لبنان .

وقال المالكية : من أكل شاكا في الفجر فعليه القضاء مع الحرمة رغم أن الأصل بقاء الليل ، هذا بالنسبة لصوم الفرض ، أما صوم النفل فقد سوى بعضهم بينه وبين الفرض في القضاء والحرمة وفرق بينهما جماعة في الحرمة حيث قالوا بالكراهية [١] .

د ـ الشك في غروب الشمس :

٢٥ ـ لو شك الصائم في غروب الشمس لا يصح له أن يفطر مع الشك لأن الأصل بقاء النهار ، ولو أفطر على شكه دون أن يتبين الحال بعد ذلك فعليه القضاء اتفاقا [٢] . والحرمة متفق عليها كذلك .

وعدم الكفارة في الأكل مع الشك في الفجر متفق عليه ، أما الأكل مع الشك في الغروب فمختلف في وجوب الكفارة فيه ، والمشهور عدمها ، فإن أفطر معتقدا بقاء الليل أو حصول الغروب ثم طرأ الشك فعليه القضاء بلا حرمة [٣] .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١ / ٥٢٦ وما بعدها ، وحلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ٣ / ١٦١ .

(٢) بدائع الصنائع ٢ / ١٠٥ ، وحاشية الدسوقي ١ / ٥٢٦ وما بعدها ، ونهاية المحتاج ٣ / ١٧١ ، والإقناع في فقه الإمام أحمد ١ / ٣١٢ ، ٣١٥ ، وحلية العلماء ٣ / ١٦١ .

(٣) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ١ / ٥٢٦ ، وما بعدها وحلية العلماء ٣ / ١٦١ .

الشك في الحج :

أ ـ الشك في نوع الإحرام :

٢٦ ـ إذا شك الحاج هل أحرم بالإفراد أو بالتمتع أو بالقران وكل ذلك قبل الطواف فعند أبي حنيفة ومالك يصرفه إلى القران لجمعه بين النسكين وهو مذهب الشافعي في الجديد .

وعند الحنابلة له صرفه إلى أي نوع من أنواع الإحرام المذكورة ، والمنصوص عن أحمد جعله عمرة على سبيل الاستحباب ، وقال الشافعي في القديم : يتحرى فيبني على غالب ظنه لأنه من شرائط العبادة فيدخله التحري كالقبلة .

وسبب الخلاف مواقف الأئمة من فسخ الحج إلى العمرة ، فهو جائز عند الحنابلة ، وغير جائز عند غيرهم [(١)] .

وأما إن شك بعد الطواف فإن صرفه لا يجوز إلا إلى العمرة لأن إدخال الحج على العمرة بعد الطواف مع ركعتيه غير جائز [(٢)] .

ب ـ الشك في دخول ذي الحجة :

٢٧ ـ لو شك الناس في هلال ذي الحجة فوقفوا بعرفة إن أكملوا عدة ذي القعدة ثلاثين يوما ثم شهد الشهود أنهم رأوا الهلال ليلة كذا ، وتبين أن يوم وقوفهم كان يوم النحر فوقوفهم صحيح وحجتهم تامة عند الأئمة الأربعة [(١)] .

وذلك لما ورد أنه ـ عليه الصلاة والسلام ـ قال : « الصوم يوم تصومون والفطر يوم تفطرون والأضحى يوم تضحون » [(٢)] .

وأضاف الحنفية أن الحكم المذكور المتمثل في صحة الوقوف كان استحسانا لا قياساً [(٣)] . أما إذا تبين أنهم وقفوا في اليوم الثامن فلا يجزيهم وقوفهم عند أكثر أهل العلم ، وهو قول مالك والليث والأوزاعي وأبي حنيفة وصاحبيه .

والفرق بين الصورتين : أن الذين وقفوا يوم النحر فعلوا ما تعبدهم الله به على لسان نبيه ﷺ من إكمال العدة دون اجتهاد بخلاف الذين وقفوا في الثامن فإن ذلك باجتهادهم وقبولهم شهادة من لا يوثق به [(٤)] .

---

(١) المغني مع الشرح الكبير ٣ / ٢٥٤ ، ٢٥٥ ، التاج والإكليل (بهامش مواهب الجليل) ٣ / ٤٧ ، مواهب الجليل ٣ / ٤٧ ، جواهر الإكليل ١ / ١٧١ ، المهذب للشيرازي ١ / ٢٠٥ ، ٢٠٦ ، نيل الأوطار ٤ / ٣٢٤ .

(٢) المصادر السابقة .

(١) بدائع الصنائع ٢ / ١٢٦ ، بلغة السالك لأقرب المسالك للدردير ١ / ٢٥٩ ، نهاية المحتاج ٣ / ٢٩٠ ، المغني مع الشرح الكبير ٣ / ٣٧٠ .

(٢) حديث : « الصوم يوم تصومون » . أخرجه الترمذي (٣ / ٧١ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة وقال : « حديث حسن غريب » .

(٣) بدائع الصنائع ٢ / ١٢٦ .

(٤) مواهب الجليل مع التاج والإكليل ٣ / ٩٥

جـ ـ الشك في الطـواف :

٢٨ ـ إذا شك الحاج في عدد أشواط الطواف بنى على اليقين ، قال ابن المنذر : وعلى هذا أجمع كل من نحفظ عنه من أهل العلم لأنها عبادة متى شك فيها وهو فيها بنى على اليقين كالصـلاة [١] . ولأن الشـك في النقصـان كتحققه [٢] . وإن أخبره ثقة بعد طوافه رجع إليه إذا كان عدلا ، وإن شك في ذلك بعد فراغه من الطواف لم يلتفت إليه كما لو شك في عدد الركعات بعد فراغه من الصلاة [٣] .

وفي الموطأ : من شك في طوافه بعدما ركع ركعتي الطواف فليعد ليتم طوافه على اليقين ثم ليعـد الركعتين لأنه لا صلاة لطواف إلا بعد إكمال السبع [٤] . وإذا شك في الطهارة وهو في الطواف لم يصح طوافه ذلك لأنه شك في شرط العبادة قبل الفراغ منها فأشبه ما لو شك في الطهارة أثناء الصلاة [٥] .

الشك في الذبائـح :

٢٩ ـ من التبست عليه المذكاة بالميتة حرمتا معـا لحصـول سبب التحـريم الـذي هو الشـك [١] . وكذلك لو رمى المسلم طريدة بآلـة صيد فسقـطت في ماء وماتت والتبس عليه أمرها ، فلا تؤكل للشك في المبيح [٢] . ولـو وجـدت شاة مذبوحة ببلد فيه من تحل ذبيحته ومن لا تحل ذبيحته ووقع الشك في ذابحها لا تحل إلا إذا غلب على أهل البلد من تحل ذبيحتهم [٣] .

الشـك في الطلاق :

٣٠ ـ شك الزوج في الطلاق لايخلو من ثلاث حالات :

الحالة الأولى : أن يكون الشك في وقوع أصل التطليق ، أي شك هل طلقها أم لا ؟ فلا يقع الطلاق في هذه الحالة بإجماع الأمة ، واستدلوا لذلك بأن النكاح ثابت بيقين فلا يزول بالشك [٤] لقوله تعالى : ﴿ ولا تقف ماليس لك به علم ﴾ [١] .

---

(١) المغني مع الشرح الكبير ٣ / ٣٩٨ .

(٢) إيضـاح المسـالـك إلى قواعد الإمام مالك ص ١٩٧ . المطبعة المغربية .

(٣) المغني مع الشرح الكبير ٣ / ٣٩٨ .

(٤) المنتقى للباجي ٢ / ٢٨٩ .

(٥) حلية العلماء في معرفة مذاهب الفقهاء ٣ / ٢٨٠ ، المغني مع الشرح الكبير ٣ / ٣٩٨ .

---

(١) الفروق ١ / ٢٢٦ .

(٢) بلغـة السـالـك لأقـرب المسالك للصاوي ١ / ٢٩٥ . المكتبـة التجـارية الكـبرى ـ بمصر سنة ١٢٢٣ هـ . ومواهب الجليل للحطاب ٣ / ٢١٧ .

(٣) نهاية المحتـاج ٨ / ١٠٧ ، وغمـز عيون البصـائـر على الأشياء والنظائر ١ / ١٩٣ .

(٤) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٢ / ٤٠١ ، الفروق ١ / ١٢٦ ، قواعـد المقـري : القاعدة رقم (٦٥٠) ، المهـذب ٢ / ١٠٠ ، مغني المحتـاج إلى معـرفـة معاني المنهاج ٣ / ٢٨١ ، بدائع الصنائع ٣ / ١٢٦ ، المغني مع الشرح الكبـير ٨ / ٤٢٣ ، والقـوانين الفقهية لابن جزي ص ١٥٣ . دار القلم . بيروت .

(٥) سورة الإسراء / ٣٦

الحالة الثانية : أن يقع الشك في عدد الطلاق - مع تحقق وقوعه - هل طلقها واحدة أو اثنتين أو ثلاثا ؟ لم تحل له - عند المالكية ، والخرقي من الحنابلة وبعض الشافعية - إلا بعد زوج آخر لاحتمال كونه ثلاثا [٢] . عملا بقوله عليه الصلاة والسلام : « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » [٣] ويحكم بالأقل عند أبي حنيفة والشافعي وأحمد ، فإذا راجعها حلت له على رأي هؤلاء [٤] .

الحالة الثالثة : أن يقع الشك في صفة الطلاق كأن يتردد مثلا في كونها بائنة أو رجعية ، وفي هذه الحالة يحكم بالرجعية لأنها أضعف الطلاقين فكان متيقنا بها [٥] .

وذكر الكاساني - في هذا المعنى - أن الرجل لو قال لزوجته : أنت طالق أقبح طلاق فهو رجعي عند أبي يوسف لأن قوله : أقبح طلاق يحتمل القبح الشرعي وهو الكراهية الشرعية ، ويحتمل القبح الطبيعي وهو الكراهية الطبيعية ، والمراد بها أن يطلقها في وقت يكره الطلاق فيه طبعا ، فلا تثبت البينونة فيه بالشك ، وهو بائن عند محمد بن الحسن الشيباني لأن المطلّق قد وصف الطلاق بالقبح ، والطلاق القبيح هو الطلاق المنهي عنه ، وهو البائن ، ولذلك يقع بائنا [١] .

الشك في الرضاع :

٣١ - الاحتياط لنفي الريبة في الأبضاع متأكد ويزداد الأمر تأكيدا إذا كان مختصا بالمحارم [٢] .

فلو شك في وجود الرضاع أو في عدده بنى على اليقين ، لأن الأصل عدم الرضاع في الصورة الأولى وعدم حصول المقدار المحرم في الصورة الثانية إلا أنها تكون من الشبهات وتركها أولى لقوله - عليه الصلاة والسلام - : « من اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه » [٣] .

ويرى القرافي أن الشك فيما يقرب من هذا الموضوع وما ناظره قد يعد - في بعض

---

(١) المدونة الكبرى ٣ / ١٣ ، الشرح الكبير بحاشية الدسوقي ٢ / ٤٠٢ ، الفروق ١ / ٦٢٦ ، القوانين الفقهية ص ١٥٣ ، المغني ٨ / ٤٢٤ .

(٢) حديث : « دع ما يريبك إلى ما لا يريبك » . سبق تخريجه ف / ٢٤ .

(٣) البدائع ٣ / ١٢٦ ، مغني المحتاج ٣ / ٢٨١ ، المغني مع الشرح الكبير ٨ / ٤٢٤ .

(٤) بدائع الصنائع ٣ / ١٢٦ .

---

(١) بدائع الصنائع ٣ / ١٢٤ .

(٢) نهاية المحتاج ٧ / ١٦٧ ، كشاف القناع عن متن الإقناع ٣ / ٢٩٣ ، الإقناع في فقه أحمد ٤ / ١٣٣ ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ٣ / ٢٣٨ ، والقوانين الفقهية ص ٢٢٥ ، ٢٢٦ .

(٣) حديث : « من اتقى الشبهات فقد استبرأ لدينه وعرضه » أخرجه البخاري (الفتح ١ / ١٢٦ - ط . السلفية) ومسلم (٣ / ١٢٢٠ - ط . الحلبي) من حديث النعمان ابن بشير .

الحالات - من الأسباب التى تدعو إلى الحكم بالتحريم ، من ذلك مثلا ما لو شك الرجل في أجنبية وأخته من الرضاع حرمتا عليه معا [١] .

الشك في اليمين :

٣٢ - إما أن يكون الشك في أصل اليمين هل وقعت أولا : كشكه في وقوع الحلف أو الحلف والحنث ، فلا شيء على الشاك في هذه الصورة لأن الأصل براءة الذمة واليقين لا يزول بالشك [٢] .

وإما أن يكون الشك في المحلوف به كما إذا حلف وحنث ، وشك هل حلف بطلاق أو عتق أو مشي إلى بيت الله تعالى ، أو صدقة ، فالواجب عليه في هذه الحالة وما ماثلها - عند المالكية - طلاق نسائه وعتق رقيقه والمشي إلى مكة والتصدق بثلث ماله ، وهو مأمور بذلك كله على وجه الإفتاء لا على وجه القضاء إذ الحالف - في رأيهم - يؤمر بإنفاذ الأيمان المشكوك فيها من غير قضاء [٣] .

ويرى الحنفية أن الشاك في هذه الصورة لا شيء عليه لأن الطلاق والعتاق لا يقعان بالشك ، ولأن الكفارة المترتبة على الحلف بالله لا تجب مع الشك أيضا إذ الأصل براءة الذمة [١] .

ويضيفون إلى هذا الحلف إذا كان معلقا بشرط معلوم مع الشك في القسم هل كان بالله إذا تحقق الشرط وكان الحالف مسلما ، لأن الحلف بالطلاق والعتاق غير مشروع فيجب حمل المسلم على الإتيان بالمشروع دون المحظور [٢] .

الشك في النذر :

٣٣ - لو شك الناذر في نوع المنذور هل هو صلاة أو صيام أو صدقة أو عتق ؟ تلزمه - عند جمهور الأئمة - كفارة يمين ، لأن الشك في المنذور كعدم تسميته [٣] .

الشك في الوصية :

٣٤ - قال أبو حنيفة - في رجل أوصى بثلث ماله لرجل مسمى وأخبر أن ثلث ماله ألف مثلا فإذا ثلث ماله أكثر مما ذكر - : إن له

---

(١) السفروق ١ / ٢٢٥ ، ٢٢٦ وإيضاح المسالك ص ١٩٣ ، وانظر أيضا : الموسوعة الفقهية (رضاع) .

(٢) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير مع تقريرات الشيخ عليش ٢ / ٤٠ وما بعدها .

(٣) المصدر السابق ، والمدونة الكبرى ٣ / ١٤ ، دار صادر . بيروت .

(١) غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر لابن نجيم ١ / ٢١١ ونزهة النواظر لابن عابدين على الأشباه والنظائر ص ٦٨ .

(٢) غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر ١ / ٢١١ .

(٣) غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر لابن نجيم ١ / ٢١١ ، نزهة النواظر على الأشباه والنظائر ص ٦٨ ، حاشية العدوي على شرح أبي الحسن لرسالة ابن أبي زيد ٢ / ٢٦ دار المعرفة . بيروت .

الثلث من جميع المال والتسمية التي سمى باطلة لأنها خطأ . والخطأ لا ينقض الوصية ولا يكون رجوعا فيها ، ووافقه أبو يوسف في هذا الرأي لأنه لما أوصى بثلث ماله فقد أتى بوصية صحيحة حيث إن صحتها لا تتوقف على بيان المقدار الموصى به فتقع الوصية صحيحة بدونه [١] .

الشك في الدعوى ، أو محلها ، أو محل الشهادة :

٣٥ - أ - لو ادعى شخص دينا على آخر وشك المدين في قدره ينبغي لزوم إخراج القدر المتيقن . قال الحموي : قيل : الظاهر أنه ليس على سبيل الوجوب وإنما هو على سبيل التورع والأخذ بالأحوط لأن الأصل براءة الذمة [٢] .

والمراد بالقدر المتيقن - في هذه الحالة وما ماثلها - هو أكثر المبلغين : فإذا كان الشك دائرا بين عشرة وخمسة فالمتيقن العشرة لدخول الخمسة فيها ، وبهذا الاعتبار يكون الأكثر بالنسبة إلى الأقل متيقنا دائما رغم وقوع الشك فيهما [٣] .

وذكر بعض الفقهاء : إن المدين في هذه الحالة عليه أن يرضي خصمه ولا يحلف خشية أن يقع في الحرام ، وإن أصر خصمه على إحلافه حلف إن كان أكبر ظنه أنه مبطل ، أما إذا ترجح عنده أن صاحب الدعوى محق فإنه لا يحلف [١] .

ب - لو اشترى أحد حيوانا أو متاعا ثم ادعى أن به عيبا وأراد رده واختلف أهل الخبرة فقال بعضهم : هو عيب وقال بعضهم : ليس بعيب ، فليس للمشتري الرد لأن السلامة هي الأصل المتيقن فلا يثبت العيب بالشك [٢] .

ج - لو ادعت المرأة عدم وصول النفقة والكسوة المقررتين لها في مدة معينة فالقول لها ، لأن الأصل المتيقن بقاؤها في ذمة الزوج وأما دعواه فمشكوك فيها ولا يزول يقين بشك [٣] .

د - إذا كان إنسان يعلم أن عليا مدين لعمر بألف دينار مثلا فإنه يجوز له أن يشهد على علي ، وإن خامره الشك في وفائها أو في الإبراء عنها إذ لا عبرة بالشك في جانب اليقين السابق [٤] .

الشك في الشهادة :

٣٦ - لو قال الشاهد : أشهد بأن لفلان على

---

(١) بدائع الصنائع ٧ / ٣٨١ .
(٢) الحموي على الأشباه والنظائر لابن نجيم ١ / ٢١٠ . بدائع الصنائع ٧ / ٣٨١ .

(١) الحموي على الأشباه والنظائر ١ / ٢١٠ .
(٢) المصادر السابقة .
(٣) الحموي على الأشباه والنظائر ١ / ٢٠١ .
(٤) شرح القواعد الفقهية ص ٣٨ .

فلان مائة دينار - مثلا - فيما أعلم أو فيما أظن ، أو حسب ظني لم تقبل شهادته للشك الذي داخلها من الزيادة على لفظها ، لأن ركن الشهادة لفظ أشهد لا غير لتضمنه معنى الشهادة والقسم والإخبار للحال فكأنه يقول : أقسم بالله لقد اطلعت على ذلك وأنا أخبر به ، ومن أجل ذلك تعين لفظ أشهد [1] .

وقد بين سحنون - من المالكية - أن الشهود لو شهدوا على امرأة بنكاح أو إقرار أو إبراء وسأل الخصم إدخالها في نساء للتعرف عليها من بينهن فقالوا : شهدنا عليها عن معرفتها بعينها ونسبها ولا ندرى هل نعرفها اليوم وقد تغيرت حالها فلا نتكلف ذلك ، فلا بد والحالة هذه - من التعرف عليها وإلا ردت شهادتهم للشك ، أما لو قالوا : نخاف أن تكون تغيرت ، فالواجب أن يقال لهم : إن شككتم وقد أيقنتم أنها ابنة فلان وليس لفلان هذا إلا بنت واحدة من حين شهدوا عليها إلى اليوم جازت الشهادة - في هذه الحالة - وقبلت [2] .

ومما تجدر الإشارة إليه أن المالكية يرون أن الشهادة مع الشك تسلب صفة العدالة

(١) حاشية ابن عابدين على الدر المختار ٤ / ٥١٣ .

(٢) التاج والإكليل (بهامش مواهب الجليل) ٦ / ١٩٠ .

للشاهد [1] . ومن أجل ذلك وغيره أكد جميع الفقهاء أن المعاوضة لا تثبت بالشك [2] . ووضعوا قيودا لقبول شهادة السماع للشك الذي يكمن أن يداخلها [3] .

الشك في النسب :

٣٧ - أ - كل مطلقة عليها العدة فنسب ولدها يثبت من الزوج إلا إذا علم يقينا أنه ليس منه ، وهو أن تجيء به لأكثر من سنتين وإنما كان كذلك لأن الطلاق قبل الدخول يوجب انقطاع النكاح بجميع علائقه فكان النكاح من كل وجه زائلا بيقين وما زال بيقين لا يثبت إلا بيقين مثله فإذا جاءت بولد لأقل من ستة أشهر من يوم الطلاق فقد تيقنا أن العلوق وجد في حال الفراش وإنه وطئها وهي حامل منه إذ لا يحتمل أن يكون بوطء بعد الطلاق لأن المرأة لا تلد لأقل من ستة أشهر فكان من وطء وجد على فراش الزوج وكون العلوق في فراشه يوجب ثبوت النسب منه . فإذا جاءت بولد لستة أشهر فصاعدا لم يستيقن بكونه مولودا على الفراش لاحتمال أن يكون بوطء بعد الطلاق والفراش كان زائلا بيقين فلا يثبت مع الشك [4] .

(١) حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤ / ٢٠٦ .

(٢) بدائع الصنائع ٦/٢٣٣ .

(٣) راجع مصطلح (شهادة)من الموسوعة الفقهية .

(٤) المغني مع الشرح الكبير٦ / ٤٠٠ ، ونهاية المحتاج =

ب - إذا ادعى إنسان نسب لقيط ألحق به ، لانفراده بالدعوى ، فإذا جاء آخر بعد ذلك وادعاه فلم يزل نسبه عن الأول - رغم الشك الذي أحدثته دعوى الثاني - لأنه حكم له به فلا يزول بمجرد الدعوى ، إلا إذا شهد القائفون بأنه للثاني فالقول قولهم لأن القيافة تعتبر بينة في إلحاق النسب [١] . وإذا ادعى اللقيط اثنان فألحقه القائفون بهما صح ذلك شرعا وكان ابنهما يرثهما ميراث ابن ويرثانه ميراث أب واحد ، وهذا الرأي يروى عن عمر بن الخطاب وعلي بن أبي طالب وهو قول أبي ثور [٢] .

وقال أصحاب الرأي يلحق بهما بمجرد الدعوى للآثار الكثيرة الواردة في ذلك .

الشك ينتفع به المتهم :

٣٨ - اتفق الفقهاء على أنه : تدرأ الحدود بالشبهات [٣] . والأصل في ذلك عن عائشة أم المؤمنين - رضي الله تعالى عنها - قالت - قال رسول الله ﷺ : « ادرؤوا الحدود عن المسلمين ما استطعتم ، فإن كان له مخرج فخلوا سبيله فإن الإمام أن يخطىء في العفو خير من أن يخطىء في العقوبة » [١] ، وفي حديث آخر : « ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا » [٢] وعن عبد الله بن عمرو بن العاص - أن رسول الله ﷺ قال : «تعافوا الحدود فيما بينكم فما بلغني من حد فقد وجب » [٣] وهذه القاعدة توجب أولا : اعتماد اليقين - ما أمكن - في نسبة الجريمة إلى المتهم ، وثانيا : أن الشك - مهما كانت نسبته ومهما كان محله ومهما كان طريقه - ينتفع به المتهم فيدرأ عنه الحد ، يقول الشاطبي : فإن الدليل يقوم - هناك - مفيدا للظن في إقامة الحد ، ومع ذلك فإذا عارضته شبهة -

---

= للرملي ٨ / ٣٥٢ ، (مطبعة الحلبي بمصر سنة ١٣٥٧ هـ)

(١) نهاية المحتاج للرملي ٨ / ٣٥٢ ، مطبعة الحلبي بمصر سنة ١٣٥٧ هـ .

(٢) تراجع في : مصطلح نسب من الموسوعة الفقهية ، والمغني مع الشرح الكبير ٦ / ٤٠٠ .

(٣) غمز عيون البصائر على الأشباه والنظائر لابن نجيم ١ / ٣٧٩ ، نزهة النواظر على الأشباه والنظائر ص ١٤٢ .

---

(١) حديث عائشة - رضي الله عنها - : « ادرؤوا الحدود عن المسلمين » أخرجه الترمذي (٤ / ٣٣ - ط الحلبي) وضعفه ابن حجر في التلخيص (٤ / ٥٦ - ط شركة الطباعة الفنية) .

(٢) حديث : «ادفعوا الحدود ما وجدتم لها مدفعا» أخرجه ابن ماجه (٢ / ٨٥٠ - ط الحلبي) من حديث أبي هريرة ، وضعف إسناده البوصيري في مصباح الزجاجة (٢ / ٧٠ - ط دار الجنان) .

(٣) أمر بالعفو وهو التجاوز عن الذنب أي أسقطوا الحدود فيما بينكم ولا ترفعوها إلي فإني متى علمتها أقمتها . (جامع الأصول ٤ / ٤١٠) وهو يدل على القاعدة المذكورة بالدعوة إلى التخفيف والتجاوز عموما .

وحديث : « تعافوا الحدود فيما بينكم » .

أخرجه أبو داود (٤ / ٥٤٠ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والحاكم (٤ / ٣٨٣ ط . دائرة المعارف العثمانية) وصححه الحاكم ووافقه الذهبي) .

وإن ضعفت - غلب - حكمها ودخل صاحبهافي مرتبة العفو[1].

وثالثا : الخطأ في العفو أفضل شرعا من الخطأ في العقوبة حيث إن تبرئة المجرم فعلا أحب إلى الله ورسوله من معاقبة البريء . وهذا المبدأ نجد تطبيقاته مبثوثة في أقضية الصحابة - رضي الله تعالى عنهم - وأقضية التابعين وفتاوى المجتهدين ، من ذلك ما حكم به عمر بن الخطاب - رضي الله تعالى عنه - في قضية المغيرة بن شعبة والي البصرة الذي اتهم بالزنا مع امرأة أرملة كان يحسن إليها ، فاستدعى الخليفة الوالي وشهود التهمة فشهد ثلاثة برؤية تنفيذ الجريمة ، ولكن الشاهد الرابع الذي يكتمل به النصاب قال : لم أر ما قال هؤلاء بل رأيت ريبة وسمعت نَفَسا عاليا ، ولا أعرف ما وراء ذلك ، فأسقط عمر التهمة عن المغيرة وحفظ له براءته وطهارته ، وعاقب الشهود الثلاثة عقوبة القذف[2].

وعمر نفسه لم يقم حد السرقة عام الرمادة لأنه جعل من المجاعة العامة قرينة على الاضطرار ، والاضطرار شبهة في السرقة تمنع الحد عن السارق بل تبيح له السرقة في حدود الضرورة .

(١) الموافقات ١ / ١٧٢ .

(٢) تاريخ الأمم والملوك للطبري ٤ / ٧٠ - ٧١ .

وقد ذكر الأئمة أن من أخذ من مال أبيه خفية ظنا منه أنه يباح له ذلك لا حد عليه ، وأن من جامع المطلقة ثلاثا في العدة ظنا منه أن ذلك يباح له لا حد عليه أيضا[1].

ونقل عن أبي حنيفة القول بأن ما يعرف بشبهة العقد يدرأ الحد بها ، فلا حد - في رأيه - على من وطىء محرمة بعد العقد عليها وإن كان عالما بالحرمة : كوطء امرأة تزوجها بلا شهود مثلا ، وفي رأي الصاحبين عليه الحد - إذا كان عالما بالحرمة - وهو المعتمد[2].

الشك لا تناط به الرخص : أو الرخص لا تناط بالشك :

٣٩ - هو لفظ قاعدة فقهية ذكرها السيوطي نقلا عن تقي الدين السبكي فرعوا عليها الفروع التالية :

أ - وجوب غسل القدمين لمن شك في جواز المسح على الخفين أو على الجوربين وما إلى ذلك .

ب - من شك في غسل إحدى رجليه وأدخلهما في الخفين - مع ذلك - لا يباح له المسح عليهما .

(١) الحموي على الأشباه والنظائر ١ / ٣٨٠

(٢) الحموي على الأشباه ١ / ٣٨١ - ابن عابدين على الأشباه ١٤٣ .

ج - وجــوب الإتمــام لمن شك في جواز القصر . ويمكن أن يكون ذلك في صور عديدة [١]

(١) الأشبـاه والنـظائـر للسيوطي : القـاعدة الخامسة عشرة ص ١٤١ - (دار الكتب العلمية بيروت ط ١ سنة ١٤٠٣ هـ)

شَلَل

التعريـف :

١ - الشلل لغة : مصدر شل العضـو يشل شللا أي أصيب بالشلل أويبس فبـطلت حركته ، أو ذهبت ، وذلك إذا فسدت عروقه أو ضعفت .

ويقال : شل فلان . ويقـال في الـدعاء للرجـل : لاشلت يمينـك . وفي الـدعـاء عليه : شلت يمينـه ، فهـو أشـل ، وهي شلاء ، والجمع شل [١].

والشلل في الاصـطلاح : فســاد العضـو وذهاب حركته ، ويكون العضو بهذه الحالة فاســد المنفعـة [٢]. ولايشـترط زوال الحس بالكلية وإنما الشلل بطلان العمل .

الأحكـام المتعلقـة بالشـلل :

يتعلق بالشلل جملة أحكام :

أ - الوضـوء :

٢ - ذهب المالكية والشافعية والحنابلة خلافا للحنفية إلى أن لمس الـرجـل المرأة ينقض

(١) المعجم الوسيط

(٢) مطالب أولي النهى ٦ / ٦٨ ، والجمل على شرح المنهاج ٥ / ٣٥ / ١١٢ ، وروضة الطالبين ٩ / ١٩٣ .

الوضوء ، وقدره المالكية والحنابلة بأن يكون اللمس لشهوة . وكذا عندهم ينتقض الوضوء بمس الفرج . وسووا بين أن يكون العضو الملموس أو الملموس به صحيحا أو أشل [١]. على تفصيل وخلاف ينظر في مصطلح (حدث) .

ب ـ صلاة الأشل :

٣ ـ يأتي المريض أو المصاب بالشلل بأركان الصلاة التي يستطيعها عند جمهور الفقهاء لأن العاجز عن الفعل لايكلف به . فإذا عجز عن القيام يصلي قاعدا بركوع وسجود ، فإن عجز عن ذلك صلى قاعدا بالإيماء . ويجعل السجود أخفض من الركوع ، فإن عجز عن القعود يستلقي ويومىء إيماء لأن سقوط الركن لمكان العذر فيتقدر بقدر العذر .

وروي عن عمران بن الحصين ـ رضي الله عنه ـ أنه قال : مرضت فعادني رسول الله ﷺ فقال : «صل قائما ، فإن لم تستطع فقاعدا فإن لم تستطيع فعلى جنب ، تومىء إيماء » [٢].

وقال قاضيخان : تسقط عن المريض العاجز عن الإيماء بالرأس [١].

(ر : صلاة المريض) .

ج ـ الجناية التي تسبب الشلل :

٤ ـ اختلف الفقهاء في وجوب القصاص في الشلل الناشى عن الاعتداء بالضرب أو الجرح حيث زالت المنفعة مع بقاء العضو قائما .

وتفصيل ذلك في مصطلح (جناية على ما دون النفس ف ٣٦) .

د ـ أخذ العضو الصحيح بالأشل :

٥ ـ إذا جنى جان صحيح اليد على يد شلاء فقطعها فلا تقطع الصحيحة بالشلاء وكذا إذا كان المقطوع رجلا أو لسانا أشل لعدم التماثل وإن رضي الجاني فتجب حكومة عدل إلا إذا كان المقطوع أذنا أو أنفا أشل فتجب دية العضو كاملة . لأن اليد أو الرجل الشلاء لانفع فيها سوى الجمال فلا يؤخذ بها مافيه نفع كالصحيحة [٢].

---

(١) بدائع الصنائع للكاساني ١ / ٢٩ وجواهر الإكليل ١ / ٢١ ، القليوبي وعميرة ١ / ٣٤ ، وكشاف القناع للبهوتي ١ / ١٢٩ ، وروضة الطالبين ١ / ٧٤ ، ٧٥ .

(٢) حديث : « صل قائما ، فإن لم تستطع فقاعدا . . . » أخرجه البخاري (الفتح ٢ / ٥٨٧ ـ ط السلفية) دون قوله : « تومىء إيماء » ولكن ورد من حديث جابر =

= مرفوعا : «إن استطعت أن تسجد على الأرض فاسجد وإلا فأومىء إيماء واجعل السجود أخفض من الركوع » . أورده الهيثمي في المجمع (٢ / ١٤٨ ـ ط القدسي) وقال : « رواه البزار وأبو يعلى ، ورجال البزار رجال الصحيح » .

(١) بدائع الصنائع ١ / ١٠٦ وابن عابدين ١ / ٥٠٨ وجواهر الإكليل ١ / ٥٧ والقليوبي وعميرة ١ / ١٤٥ ، ١٤٦ ، ٢٠٧ والمغني ٢ / ١٤٨ .

(٢) ابن عابدين ٥ / ٣٥٧ وجواهر الإكليل =

وينظر التفصيل في (ديات ف ٤٣) .

هـ - أخذ العضو الأشل بالصحيح :

٦ - اتفق الفقهاء على أنه يؤخذ العضو الصحيح بالصحيح . واختلفوا في قطع العضو الأشل بالصحيح : فذهب الحنفية ، والشافعية ، والحنابلة إلى أن المجني عليه بالخيار إن شاء اقتص ، وذلك له ، ولا شيء له غيره ، وإن شاء عفا ، وأخذ الدية .

ولا تقطع إلا إن قال أهل الخبرة والبصر : بأنه ينقطع الدم بالحسم ، أما إن قالوا : إن الدم لا ينقطع فلا قصاص على ما صرح به الشافعية والحنابلة ، وتجب دية يده .

وعند المالكية لا تقطع يد الجاني إذا كانت شلاء باليد الصحيحة ، لعدم المماثلة ، وعليه العقل أي : الدية [1].

وذهب الحنفية عدا زفر والمالكية إلى أن الشلاء لا تقطع بالشلاء ، لأن الشلل علة ، والعلل يختلف تأثيرها في البدن .

وعلل الحنفية ذلك : بأن بعض الشلل في يديهما يوجب اختلاف أرشيهما ، وذلك يعرف بالحزر والظن ، فلا تعرف المماثلة .

وذهب الشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية إلى أنه تقطع الشلاء من يد أو رجل بشلاء ولكن محله إذا استويا في الشل ، أو كان شلل الجاني أكثر ولم يخف نزف الدم ، وإلا فلا تقطع [1] .

إلا أن زفر من الحنفية قال : إن كانا سواء ففيهما القصاص ، وإن كانت يد المقطوعة يده أقلهما شللا فهو بالخيار ، إن شاء قطع وإن شاء ضمنه الأرش ، وإن كانت أكثر شللا ، فلا قصاص وله أرش يده [2] .

ولمزيد من التفصيل (ر : الموسوعة الفقهية : جناية على مادون النفس - فقرة ١٥ (١٦/ ٧٠ - ٧١) .

و - نكاح الأشل :

٧ - اتفق الفقهاء على أنه إن كان الزوج عنينا فللزوجة الخيار . وعليه إن كان الشل في غير عضو الذكر فلا يعد من عيوب النكاح ، لأنه لايفوت الاستمتاع ولا يخشى تعديه قال ابن قدامة : فلم يفسخ به النكاح كالعمى والعرج ، ولأن الفسخ إنما يثبت بنص أو

= ٢ / ٩ / ٢٥٩ / ٣١ ، وقليوبي وعميرة ٤ / ١١٧ ، والمغني ٧ / ٧٣٣ .

(١) البدائع ٧ / ٢٩٨ روضة الطالبين ٩ / ١٩٤ ، ٢٠٢ وكشاف القناع ٥ / ٥٥٦ - ٥٥٧، ٥ / ٥٥٧ - ٥٣٥ وشرح الزرقاني ٨ / ١٦ - ١٩ .

(١) مغني المحتاج ٤ /٣٣ وكشاف القناع ٥ /٥٥٧ والبدائع ٧ / ٣٠٣ .

(٢) البدائع ٧ / ٣٠٣ .

إجماع أو قياس ولاشيء هنا [١] .

ولمزيد من التفصيل في مسألة العنين راجع مصطلح (عنين ونكاح) .

(١) الاختيار لتعليل المختار ٣ / ١١٥ ، وجواهر الإكليل ١ / ٢٩٩ ، القليوبي وعميرة ٣ / ٢٦١ - ٢٦٢ ، المغني ٦ / ٦٥٠ - ٦٥١ - ٦٥٢ .

شِمَال

انظر : يمين

شَمّ

التعريف :

١ - الشم في اللغة:مصدر شممته أشمه ، وشممته أشمه شما . والشم : حس الأنف ، وإدراك الروائح .

وقال أبو حنيفة : تشمم الشيء واشتمه : أدناه من أنفه ليجتذب رائحته [١] .

ولا يخرج معنى اللفظ في الاصطلاح عن المعنى اللغوي .

الألفاظ ذات الصلة :

أ - الاستنكاه :

٢ - جاء في اللسان : استنكهه : شم رائحة فمه ، والاسم : النكهة . ونكهته : شممت ريحه ، وفي حديث قصة ماعز الأسلمي : « فقام رجل فاستنكهه » [٢] : أي شم نكهته ورائحة فمه [٣] .

الحكم التكليفي :

٣ - الشم قد يكون واجبا وذلك في حق

(١) لسان العرب والمعجم الوسيط ومغني المحتاج ٤/٧١ .

(٢) حديث قصة ماعز الأسلمي : « فقام رجل فاستنكهه » . أخرجه مسلم (٣/١٣٢٢ - ط الحلبي) من حديث بريدة .

(٣) لسان العرب .

الشهود المأمورين بالشم لأجل الخصومات الواقعة في روائح المشموم حيث يقصد الرد بالعيب أويقصد منع الرد إذا حدث العيب عند المشتري [١] .

وكما في شم الشهود فم السكران لمعرفة رائحة الخمر [٢] .

وقد يكون الشم حراما أو مكروها كشم الطيب للمحرم بالحج أو العمرة عند من يقولون بذلك [٣] .

وقد يكون مباحا كشم الزهور والرياحين المباحة والطيب المباح . إلا إذا كان طيبا تطيبت به امرأة أجنبية فيحرم تعمد شمه [٤] .

شم الصائم الطيب ونحوه :

٤ - ذهب الحنفية والمالكية إلى أنه لو أدخل الصائم إلى حلقه البخور وشم رائحته أفطر لإمكان التحرز عنه . وإذا لم يصل إلى حلقه لا يفطر . أما لو شم هواء فيه رائحة الورد ونحوه مما لا جسم له فلا يفطر عند الحنفية . وكرهه المالكية .

كما يكره عند الشافعية شم الرياحين ونحوها نهارا للصائم لأنه من الترفه ولذلك يسن له تركه .

(١) المنثور ٢/٨٧ .
(٢) المواق بهامش الحطاب ٦/٣١٧ .
(٣) المغني ٣/٣٢٣ والمنثور ٢/٨٧ والبدائع ٢/١٩١ .
(٤) المنثور ٢/٨٧ .

وعند الحنابلة إذا كان الطيب مسحوقا كره شمه لأنه لا يؤمن من شمه أن يجذبه نفسه للحلق ، ولذلك لا يكره شم الورد والعنبر والمسك غير المسحوق [١] .

شم المحرم الطيب :

٥ - ذهب الحنفية والمالكية إلى كراهة شم الطيب للمحرم . ولا فرق عند المالكية بين الطيب المذكر والمؤنث [٢] . وهو مذهب المدونة ، وقال الباجي من المالكية : يحرم شم الطيب المؤنث [٣] .

كذلك يكره عند الشافعية شم الطيب للمحرم [٤] ، لكن يؤخذ مما جاء في المهذب وشرحه المجموع أنه يحرم شم ما يعتبر طيبا كالورد والمسك والكافور . واختلف في الريحان الفارسي والنرجس والنيلوفر ونحوه . وفيه قولان : أحدهما : يجوزشمها لما روي عن عثمان - رضي الله تعالى عنه - أنه سئل عن

(١) ابن عابدين ٢/٩٧ ، ١١٣ ، وأسهل المدارك ١/٤١٩ ، وجواهر الإكليل ١/١٤٩ وحاشية الدسوقي ١/٥٢٥ وأسنى المطالب ١/٤٢٢ والجمل على شرح المنهج ٢/٣٢٩ وشرح منتهى الإرادات ١/٤٥٤ .
(٢) الطيب المذكر هو ماله رائحة ذكية ولا يتعلق أثره بماسه كياسمين وورد والطيب المؤنث هو ماله رائحة ذكية ويتعلق بماسه تعلقا شديدا كالزبد والمسك والزعفران (منح الجليل ١/٥١٠) .
(٣) ابن عابدين ٢/٢٠١ والبدائع ٢/١٩١ ومنح الجليل ١/٥١٠ .
(٤) الجمل على المنهج ٢/٥٠٩ .

المحْرِم : يدخل البستان ؟ فقال : نعم ويشم الريحان ، ولأن هذه الأشياء لها رائحة إذا كانت رطبة فإذا جفت لم يكن لها رائحة .

والثاني : لا يجوز ، لأنه يراد للرائحة فهو كالورد والزعفران . وروى البيهقي بإسناده عن ابن عباس أنه كان لا يرى بأسا للمُحْرِمِ بشم الريحان ، وروى البيهقي عكسه عن ابن عمر وجابر فروي بإسنادين صحيحين أحدهما عن ابن عمر أنه كان يكره شم الريحان للمحرم ، والثاني عن أبي الزبير أنه سمع جابرا يسأل عن الريحان أيشمه المحرم ، والطيب والدهن فقال : لا .

وأما ما يطلب للأكل والتداوي غالبا كالقرنفل والدارصيني والفواكه كالتفاح والمشمش فيجوز أكله وشمه لأنه ليس بطيب .

ويجوز للمحرم عند الشافعية الجلوس عند العطار وفي موضع يبخر لأن في المنع من ذلك مشقة ولأن ذلك ليس بتطيب مقصود والمستحب أن يتوقى ذلك إلا أن يكون في موضع قربة كالجلوس عند الكعبة وهي تجمر ، فلا يكره ذلك لأن الجلوس عندها قربة [(١)] .

وفصل الحنابلة فقالوا : النبات الذي تستطاب رائحته على ثلاثة أضرب :

أحدها : ما لا ينبت للطيب ولا يتخذ منه كنبات الصحراء من الشيح والقيصوم والخزامى والفواكه كلها من الأترج والتفاح ، وما ينبته الآدميون لغير قصد الطيب كالحناء والعصفر فمباح شمه ولا فدية فيه ولا نعلم فيه خلافا إلا ما روي عن ابن عمر أنه كان يكره للمحرم أن يشم شيئا من نبات الأرض .

الثاني : ما ينبته الآدميون للطيب ولا يتخذ منه طيب كالريحان الفارسي والنرجس ففيه وجهان : أحدهما يباح بغير فدية ، قاله عثمان بن عفان وابن عباس والحسن ومجاهد وإسحاق رضي الله عنهم . والآخر يحرم شمه ، فإن فعل فعليه الفدية ، وهو قول جابر وابن عمر وأبي ثور رضي الله عنهم لأنه يتخذ للطيب فأشبه الورد وكلام أحمد يحتمل أنه يكره ولا يجب فيه شيء .

الثالث : ما ينبت للطيب ويتخذ منه طيب كالورد والبنفسج ففي شمه الفدية ، وعن أحمد رواية أخرى في الورد أنه لا فدية عليه في شمه لأنه زهر فشمه كشم زهر سائر الشجر [(١)] .

---

(١) الجمل على المنهج ٢/٥٠٩ والمجموع ٧/٢٤٨ إلى ٢٥٢ .

(١) المغني ٣/٣١٥ - ٣١٦ .

الإجارة للشم :

٦ - ذهب الحنفية والمالكية إلى عدم جواز إجارة الشيء كالتفاح مثلا لشمه لأن الرائحة عند الحنفية منفعة غير مقصودة . وقال المالكية : لأنها لا قيمة لها شرعا [(١)] .

وأجاز الشافعية استئجار المسك والرياحين للشم لأن المنفعة متقومة .

وفرق الحنابلة بين ما تتلف عينه وما لا تتلف .

قال ابن قدامة : يجوز استئجار مايبقى من الطيب والصندل وقطع الكافور والند لتشمه المرضى وغيرهم مدة ثم يردها ، لأنها منفعة مباحة فأشبهت الوزن والتحلي . ثم قال : ولا يصح استئجار ما لا يبقى من الرياحين كالورد والبنفسج والريحان الفارسي وأشباهه لشمها ، لأنها تتلف عن قرب فأشبهت المطعومات [(٢)] .

الجناية على حاسة الشم :

٧ - الجناية على حاسة الشم إما أن تكون عمدا أو خطأ . فإن كان عمدا كمن شج إنسانا فذهب شمه فإنه يقتص من الجاني بمثل مافعل ، فإن ذهب بذلك شمه فقد

(١) ابن عابدين ٥/٢١ والدسوقي ٤/٢٠ ومنح الجليل ٣/٧٧٦ .

(٢) أسنى المطالب ٢/٤٠٦ والمغني ٥/٥٤٨ ، ٥٤٩ .

استوفى المجني عليه حقه ، وإن لم يذهب الشم فُعل بالجاني ما يذهب الشم بواسطة أهل الخبرة في ذلك ، فإن لم يمكن إذهاب الشم إلا بجناية سقط القود ووجبت الدية .

وهذا عند المالكية والحنابلة وهو الأصح عند الشافعية . وعند الحنفية تجب الدية لأنه لا يمكن أن يضرب الجاني ضربا يذهب به حاسة الشم فلم يكن استيفاء المثل ممكنا فلا يجب القصاص وتجب الدية . وهو مقابل الأصح عند الشافعية [(١)] .

وإن كان إبطال حاسة الشم نتيجة ضرب أو جرح وقع خطأ ، أو كان الضرب عمدا لكن كان الجرح مما لا يمكن القصاص فيه فتجب الدية كاملة إذا كان إبطال الشم من المنخرين ، لأنه حاسة تختص بمنفعة فكان فيها الدية كسائر الحواس ، قال ابن قدامة : ولا نعلم في هذا خلافا ولأن في كتاب عمرو ابن حزم عن النبي ﷺ أنه قال : « وفي المشام الدية » [(٢)] .

(١) البدائع ٧/٣٠٩ وشرح الزرقاني ٨/١٧ وجواهر الإكليل ٢/٢٦٠ والحطاب ٦/٢٤٨ ومغني المحتاج ٤/٢٩ وروضة الطالبين ٩/١٨٦ وشرح منتهى الإرادات ٣/٢٩٢ وكشاف القناع ٥/٥٥٢ - ٥٥٣ .

(٢) حديث : «في المشام الدية» ذكره الشربيني في مغني المحتاج (٤/٧١ - نشر دار الفكر) وقال : « غريب » وقال ابن حجر في التلخيص (٤/٢٩ - ط شركة الطباعة الفنية) : « لم أجده » .

وهذا عند الحنفية والمالكية والحنابلة وهو الصحيح عند الشافعية . ومقابل الصحيح عند الشافعية : تجب فيه حكومة لأنه ضعيف النفع .

وإذا زال الشم من أحد المنخرين ففيه نصف الدية . وإن نقص الشم وجب بقسطه من الدية إذا أمكن معرفته وإلا فحكومة يقدرها الحاكم بالاجتهاد [١] .

ومن ادَّعى زوال الشم امتحن في غفلاته بالروائح الحادة الطيبة والمنتنة ـ فإن هش للطيب وعبس لغيره فالقول قول الجاني بيمينه لظهور كذب المجني عليه .

وإن لم يتأثر بالروائح الحادة ولم يبن منه ذلك ، فالقول قول المجني عليه .

زاد الشافعية : ويحلف لظهور صدقه ، ولا يعرف إلا من قبله .

وإن ادَّعى المجني عليه نقص شمه فالقول قوله مع يمينه عند الشافعية والحنابلة لأنه لا يتوصل إلى معرفة ذلك إلا من جهته فقبل قوله فيه ، ويجب له من الدية ما تخرجه الحكومة .

وإن ذهب شمه ثم عاد قبل أخذ الدية سقطت وإن كان بعد أخذها ردها لأنا تبينا أنه لم يكن ذهب . وإن رجى عود شمه إلى مدة انتظر إليها [١] .

هذا إذا ذهب الشم وحده .

أما إن قطع أنفه فذهب بذلك شمه فعليْه ديتان كما نص عليه الشافعية والحنابلة لأن الشم في غير الأنف فلا تدخل أحدهما في الآخر [٢] .

وقال المالكية : فيهما دية واحدة فيندرج الشم في ا لأنف كالبصر مع العين [٣] .

إثبات شرب المسكر بشم الرائحة :

٨ ـ اختلف الفقهاء في إثبات الشرب الذي يجب به الحد بشم رائحة الخمر في فم الشارب [٤] .

وتفصيل ذلك في (أشربة) .

شنداخ

انظر : إملاك ، دعوة

---

(١) البدائع ٣١٢/٧ وابن عابدين ٣٦٩/٥ وجواهر الإكليل ٢٦٨/٢ ـ ٢٦٩ ، والقوانين الفقهية ص ٣٤٥ نشر دار الكتاب العربي ومغني المحتاج ٧١/٤ ، والمغني لابن قدامة ١١/٨ ـ ١٢ .

(١) المغني ١٢/٨ ومغني المحتاج ٧١/٤ وكشاف القناع ٣٩/٦ .

(٢) مغني المحتاج ٦٢/٤ ، والمغني ١٤/٨ ، وكشاف القناع ٣٩/٦ .

(٣) جواهر الإكليل ٢٧٠/٢ .

(٤) البدائع ٤٠/٧ ـ ٥١ ، وجواهر الإكليل ٢٩٦/٢ ، وأسهل المدارك ١٧٦/٣ ، ومغني المحتاج ١٩٠/٤ والمغني ٣٩/٨ والمواق ٣١٧/٦ .

شَهَادَة

التعريف :

١ ـ من معاني الشهادة في اللغة: الخبر القاطع ، والحضور والمعاينة والعلانية ، والقسم ، والإقرار ، وكلمة التوحيد ، والموت في سبيل الله . يقال : شهد بكذا إذا أخبر به وشهد كذا إذا حضره ، أو عاينه إلى غير ذلك .

وقد يعدى الفعل (شهد) بالهمزة ، فيقال : أشهدته الشيء إشهادا ، أو بالألف ، فقال : شاهدته مشاهدة ، مثل عاينته وزنا ومعنى [١] .

ومن الشهادة بمعنى الحضور: قوله تعالى : ﴿ فمن شهد منكم الشهر فليصمه﴾ [٢] .

قال القرطبي في تفسير هذه الآية : «وشهد بمعنى حضر» [٣] .

ومن الشهادة بمعنى المعاينة : قوله تعالى : ﴿وجعلوا الملائكة الذين هم عباد الرحمن إناثا أشهدوا خلقهم ستكتب شهادتهم ويسألون﴾ [١] .

قال الراغب الأصفهاني في شرح معناها : «وقوله : أشهدوا خلقهم ، يعني مشاهدة البصر» [٢] .

ومن الشهادة بمعنى القسم أو اليمين : قوله تعالى : ﴿فشهادة أحدهم أربع شهادات بالله إنه لمن الصادقين﴾ [٣] .

قال ابن منظور : «الشهادة معناها اليمين ها هنا» [٤] .

ومن الشهادة بمعنى الخبر القاطع : قوله تعالى: ﴿وما شهدنا إلا بما علمنا﴾ [٥] .

واستعمالها بهذا المعنى كثير .

ومن الشهادة بمعنى الإقرار: قوله تعالى: ﴿ شاهدين على أنفسهم بالكفر﴾ [٦]

---

(١) انظر مادة (شهد) في الصحاح ، والقاموس، والتاج، واللسان، والمصباح المنير، ومعجم مقاييس اللغة، ومادة (هشد) في العين ٣/٣٩٧ ـ ٣٩٨، وتهذيب اللغة: ٦/٧٢ ـ ٧٧، ومادة (دشه) في جمهرة اللغة ٢/٢٧٠، والمفردات في غريب القرآن للأصفهاني .

(٢) سورة البقرة /١٨٥ .

(٣) الجامع لأحكام القرآن ، لأبي عبد الله محمد بن أحمد = الأنصاري القرطبي ٢/٢٩٩ (ط٣ دار القلم بالقاهرة ١٣٨٧ هـ/١٩٦٧ م). وفيه أن الشهر ليس بمفعول وإنما هو ظرف زمان .

(١) سورة الزخرف /١٩ .

(٢) المفردات ص ٢٦٩ .

(٣) سورة النور /٦ .

(٤) اللسان مادة (شهد) .

(٥) سورة يوسف /٨١ .

(٦) سورة التوبة /١٧ .

أي مقرين [1] فإن الشهادة على النفس هي الإقـرار .

وتطلق الشهادة أيضا على كلمة التوحيد (وهي قولنا : لا إله إلاّ الله) وتسمى العبارة (أشهد أن لا إله إلاّ الله وأشهد أن محمدا عبده ورسوله) بالشهادتين .

ومعناهما هنا متفرع عن مجموع المعنيين (الإخبار والإقرار) ، فإن معنى الشهادة هنا هو الإعلام والبيان لأمر قد علم والإقرار الاعتراف به ، وقد نصّ ابن الأنباري على أن المعنى هو : «أعلم أن لاإلـه إلاّ الله . وأبيّن أن لا إلـه إلا الله ، وأعلم وأبيّن أن محمداً مبلغ للأخبار عن الله عزّ وجل» [2] وسمي النطق بالشهادتين بالتشهد ، وهو صيغة (تفعّل) من الشهادة .

وقد يطلق (التشهّد) على (التحيّات) التي تقرأ في آخر الصلاة .

جاء في حديث ابن مسعود : أنّ النبي ﷺ كان يعلمهم التشهد كما يعلمهم القرآن [3].

(١) المفردات (مادة : شهد) : ٢٦٩ .

(٢) الزاهر في معاني كلمات الناس أبو بكر محمد بن القاسم الأنباري ، تحقيق الدكتور حاتم الضامن ١/١٢٥ (ط١ دار الرشيد) وزارة الثقافة والإعلام في الجمهورية العراقية ١٣٩٩ هـ / ١٩٧٩ م ، وانظر : لسان العرب (مادة شهد) وقد نقل هذا المعنى عن ابن الأنباري .

(٣) حديث «ابن مسعود أنه كان يعلمهم التشهد» . =

ومن الشهادة بمعنى العلانية : قوله تعالى : ﴿عالم الغيب والشهادة﴾ [1]. أخرج ابن أبي حاتم عن ابن عباس أنه قال في معنى هذه الآية : «السرّ والعلانية» [2].

ومن الشهادة بمعنى الموت في سبيل الله : قوله تعالى : ﴿فأولئك مع الذين أنعم الله عليهم من النبيّين والصدّيقين والشهداء والصالحين﴾ [3] .

فهو شهيد قد رزقه الله الشهادة ، جمعه شهداء .

— وفي الاصطلاح الفقهي : استعمل الفقهاء لفظ الشهادة في الإخبار بحق للغير على النفس ، وبيان ذلك في مصطلح (إقرار) .

واستعملوا اللفظ في الموت في سبيل الله وبيانه في مصطلح (شهيد) .

واستعملوه في القسم كما في اللعان ، (وبيانه في اللعان) .

كما استعمل الفقهاء لفظ الشهادة في الإخبار بحق للغير على الغير في مجلس

= أخرجه البخاري (الفتح ١١/٥٦ ـ ط . السلفية) .

(١) سورة الأنعام /٧٣ .

(٢) نقل ذلك السيوطي عنه في الدر المنثور في التفسير بالمأثور ٣/٢٣ ، ٤/٤٦ ، تفسير الآية ٧٣ من الأنعام وفي تفسير الآية ٩ من الرعد .

(٣) سورة النساء /٦٩ .

القضاء ، وهو موضوع البحث في هذا المصطلح .

واختلفوا في تعريف الشهادة بهذا المعنى .

فعرفها الكمال من الحنفية بأنها : إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء .

وعرفها الدردير من المالكية : بأنها إخبار حاكم من علم ليقضي بمقتضاه .

وعرفها الجمل من الشافعية بأنها : إخبار بحق للغير على الغير بلفظ أشهد .

وعرفها الشيباني من الحنابلة بأنها : الإخبار بما علمه بلفظ أشهد أو شهدت (١) .

وتسميتها بالشهادة إشارة إلى أنها مأخوذة من المشاهدة المتيقّنة ، لأن الشاهد يخبر عن ما شاهده والإشارة إليها بحديث ابن عباس - رضي الله عنهما - قال : ذكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد بشهادة ، فقال لي : «يا ابن عباس لاتشهد إلا على ما يضيء لك كضياء هذه الشمس وأومأ رسول الله ﷺ بيده إلى الشمس» (٢) .

وتسمي «بينة» أيضا ، لأنها تبين ما التبس وتكشف الحق في ما اختلف فيه (١) .

وهي إحدى الحجج التي تثبت بها الدعوى .

ألفاظ ذات صلة :

الإقرار :

٢ - الإقرار عند جمهور الفقهاء : الإخبار عن ثبوت حق للغير على المخبر .

الدعوى :

٣ - الدعوى : قول مقبول عند القاضي يقصد به طلب حق قبل الغير أو دفع الخصم عن حق نفسه .

فيجمع كلا من الإقرار والدعوى والشهادة ، أنها إخبارات .

والفرق بينها : أن الإخبار إن كان عن حق سابق على المخبر ، ويقتصر حكمه عليه فإقرار ، وإن لم يقتصر ، فإما أن لايكون للمخبر فيه نفع ، وإنما هو إخبار عن حق لغيره على غيره فهو الشهادة ، وإما أن يكون للمخبر نفع فيه لأنه إخبار بحق له فهو

---

(١) فتح القدير ٦/٢ ، الشرح الكبير للدردير ١٦٤/٤ ، حاشية الجمل ٣٧٧/٥ ، نيل المآرب بشرح دليل الطالب بتحقيق د . محمد الأشقر ٤٧٠/٢ .

(٢) حديث ابن عباس : ذكر عند رسول الله ﷺ « الرجل يشهد بشهادة » أخرجه الحاكم (٩٨/٤ - ٩٩ - ط دائرة =

= المعارف العثمانية) والبيهقي (١٥٦/١٠ - ط دائرة المعارف العثمانية) وقال البيهقي في أحد رواته : « تكلم فيه الحميدي ولم يرو عن وجه يعتمد عليه » وقال الذهبي : « واه » .

(١) المغني ٤/١٢ ، الشرح الكبير (على هامش المغني) ٣/١٢ .

الدعوى ، انظر : الموسوعة الفقهية مصطلح (إقـرار) ٦/ ٦٧ .

البينـة :

٤ ـ البينـة : عرفهـا الـراغب بأنها : الـدلالة الـواضحـة عقلية أو محسـوسـة [١]. وعرفها المجـدوي الـبركتي بأنها : الحجـة القـوية والـدليل [٢]. وقـال ابن القيم : البينـة في الشرع :اسم لما يبين الحق ويظهره . وهي تارة تكـون أربعة شهود ، وتارة ثلاثة بالنص في بينة المفلس ، وتارة شاهدين وشاهدا واحدا وامرأة واحدة ونكولا ويمينا أو خمسين يمينا أو أربعـة أيمان ، وتكـون شاهـد الحـال (أي القرائن) في صور كثيـرة [٣].

وبـذلك تكون البينة على هذا أعم من الشهـادة .

الحكم التكليفي .

٥ ـ تحمـل الشهـادة وأداؤهـا فرض على الكفاية ، لقوله تعالى : ﴿ولايأب الشهداء إذا مادعـوا﴾ [٤]. وقـوله تعالى : ﴿وأقيموا الشهـادة لله﴾ [٥] وقـولـه : ﴿ولا تكتمـوا الشهادة ، ومن يكتمها فإنه آثم قلبه﴾ [٦].

(١) المفردات في غريب القرآن (ص ٦٨) .

(٢) قواعد الفقة (٢١٦) .

(٣) الطرق الحكمية (٢٤) .

(٤) سورة البقرة /٢٨٢ .

(٥) سورة الطلاق /٢ .

(٦) سورة البقرة /٢٨٣ .

ولأن الشهـادة أمـانـة فلزم أداؤها كسائر الأمانات [١]. فإذا قام بها العدد الكافي (كما سيأتي) سقط الإثم عن الجماعة ، وإن امتنع الجميع أثموا كلهم .

وإنما يأثم الممتنع إذا لم يتضرر بالشهادة ، وكانت شهادته تنفع .

فإذا تضرر في الـتحمـل أو الأداء ، أو كانت شهادته لاتنفع ، بأن كان ممن لاتقبل شهادته ، أو كان يحتاج إلى التبذل في التزكية ونحـوهـا ، لم يلزمـه ذلـك ، لقوله تعالى : ﴿ولايضـار كاتب ولا شهيد﴾ [٢]. وقـولـه ﷺ : «لا ضرر ولا ضرار» [٣].

وإن كان ممن لاتقبـل شهـادتـه لم يجب عليه ، لأن مقصود الشهادة لايحصل منه . وقـد يكون تحملها وأداؤها أو أحدهما فرضا عينيا إذا لم يكن هنـاك غير ذلك العدد من الشهـود الـذي يحصـل به الحكم ، وخيف ضياع الحق [٤].

(١) المغني ١٢/ ٣، والشرح الكبير في هامش الموضع نفسه .

(٢) سورة البقرة /٢٨٢ .

(٣) حديث : «لاضرر ولا ضرار» .

أخـرجـه ابن ماجه (٢/ ٧٨٤ ـ ط الحلبي) من حديث عبادة بن الصامت ، وأعله البوصيري بالانقطاع كذا في مصباح الزجاجة (٢/ ٣٣ ـ ط دار الجنان) ولكنه له شواهد يتقوى بها ذكرها ابن رجب الحنبلي في جامع العلوم والحكم (ص ٢٨٦ ـ ٢٨٧) ط الحلبي) .

(٤) الشرح الكبير مع المغني (١٢/ ٣ و ٤) وانـظر القـوانين الفقهية (٢٠٥)، والدر المختار (٤/ ٣٦٩) ومغني المحتاج (٤/ ٤٥٠) .

وهذا الحكم هو في الشهادة على حقوق العباد ، أما حقوق الله فتنظر في مصطلح أداء ف ٢٦ ج ٢ ص ٣٤٠ لبيان الخلاف في أفضلية الشهادة أو الستر .

مشروعية الشهادة :

٦ ـ ثبتت مشروعية الشهادة بالكتاب والسنة والإجماع والمعقول .

أما الكتاب : فقوله تعالى : ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾ (١) .

وقوله : ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾ (٢) .

وقوله : ﴿ولا تكتموا الشهادة﴾ (٣) .

وأما السنة : فأحاديث كثيرة منها حديث وائل بن حجر ـ رضي الله تعالى عنه ـ أن النبي ﷺ قال له : «شاهداك أو يمينه» (٤) .

وحديث عبد الله بن عباس ـ رضي الله عنهما ـ أن النبي ﷺ قال : «البينة على

(١) سورة البقرة /٢٨٢ .
(٢) سورة الطلاق /٢ .
(٣) سورة البقرة /٢٨٣ .
(٤) حديث : «شاهداك أو يمينه» أخرجه مسلم (١٢٢/١ ـ ط الحلبي) .

المدعي واليمين على المدعى عليه» (١) . والبينة هي الشهادة .

وقد انعقد الإجماع على مشروعيتها لإثبات الدعاوى .

أما المعقول : فلأن الحاجة داعية إليها لحصول التجاحد بين الناس ، فوجب الرجوع إليها (٢) .

أركان الشهادة :

٧ ـ أركان الشهادة عند الجمهور خمسة أمور : الشاهد ، والمشهود له ، والمشهود عليه ، والمشهود به ، والصيغة (٣) .

وركنها عند الحنفية : اللفظ الخاص ، وهو لفظ (أشهد) عندهم (٤) .

سبب أداء الشهادة :

٨ ـ سبب أداء الشهادة طلب المدعي الشهادة من الشاهد ، أو خوف فوت حق المدعي إذا لم يعلم المدعي كونه شاهدا .

حجية الشهادة :

٩ ـ الشهادة حجة شرعية تظهر الحق

(١) حديث : «البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه» أخرجه البيهقي (٢٥٢/١٠ ـ ط دائرة المعارف العثمانية) وإسناده صحيح .
(٢) المغني ٣/١٢ ، وانظر في حاشية الشرح الكبير في الموضع نفسه .
(٣) مغني المحتاج ٤٢٦/٤ ، والجمل على شرح المنهج ٣٧٧/٥ ، ونهاية المحتاج ٢٧٧/٨ .
(٤) فتح القدير ٢/٦ ، وتبيين الحقائق ٢٠٧/٤ .

ولا توجبه [١]. ولكن توجب على الحاكم أن يحكم بمقتضاها [٢]. لأنها إذا استوفت شروطها مظهرة للحق والقاضي مأمور بالقضاء بالحق.

شروط الشهادة :

١٠ ـ للشهادة نوعان من الشروط :

شروط تحمل.

وشروط أداء.

فأما شروط التحمل : فمنها :

١١ ـ أن يكون الشاهد عاقلا وقت التحمل ، فلا يصح تحملها من مجنون وصبي لايعقل ، لأن تحمل الشهادة عبارة عن فهم الحادثة وضبطها ، ولا يحصل ذلك إلا بآلة الفهم والضبط ، وهي العقل.

١٢ ـ أن يكون بصيراً ، فلايصح التحمل من الأعمى عند الحنفية [٣].

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة وزفر من الحنفية إلى صحة تحمله فيما يجري فيه التسامع إذا تيقن الصوت وقطع بأنه صوت فلان [١].

١٣ ـ أن يكون التحمل عن علم ، أو عن معاينة للشيء المشهود به بنفسه لابغيره : لحديث ابن عباس رضي الله عنهما قال : ذكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد بشهادة ، فقال لي : «يا ابن عباس ، لاتشهد إلا على مايضيء لك كضياء هذه الشمس وأومأ رسول الله ﷺ بيده إلى الشمس» [٢].

ولا يتم ذلك إلا بالعلم ، أو المعاينة ، إلا فيما تصح فيه الشهادة بالتسامع ، كالنكاح ، والنسب ، والموت ، وغير ذلك مما نص عليه الفقهاء [٣]. أما ماسوى ذلك فتشترط فيه المعاينة.

ونص الفقهاء على أنه لايجوز للشاهد أن يشهد بما رآه من خط نفسه إلا إذا تذكر ذلك وتيقن منه ، لأن الخط يشبه الخط ، والختم يشبه الختم ، وكثيراً مايقع التزوير ، فلا معول إلا على التذكر.

---

(١) الإقناع ٤/٤٣٠ ، منتهى الإرادات ٢/٦٤٧، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف على مذهب الإمام أحمد ١٢/٣.

(٢) فتح القدير ٦/٢ ، والبدائع ٦/٢٨٢ ، البناية في شرح الهداية ٧/١٢٠ ، الفتاوى الهندية ٣/٤٥٠ ، شرح منح الجليل على مختصر العلامة خليل ٤/٢١٥.

(٣) مختصر الطحاوي : ٣٣٢ ، تحفة الفقهاء للسمرقندي ٣/٥٢٧ ، روضة القضاة للسمناني ١/٢٦٣، بدائع الصنائع ٩/٤٠٢٣.

(١) الهداية ٣/١٢١ وشرحها فتح القدير ٦/٢٧ ، والبناية ٧/١٦٠، وتبيين الحقائق ٤/٢١٧، تبصرة الحكام ٢/٨٠، المهذب ٢/٣٣٦، المغني ١٢/٦١، ٦٢ والشرح الكبير ١٢/٦٧.

(٢) حديث ابن عباس ـ تقدم تخريجه في ف ١.

(٣) البدائع ٩/٤٠٢٤ ، الفتاوى الهندية ٣/٤٥٠ ، والدر المختار ٤/٣٧٠ ، والمهذب ٢/٣٣٥.

وذهب أبو يوسف ومحمد إلى جواز شهادته على ما يجده من خط نفسه [١] . وعن أحمد في ذلك روايتان [٢] .

وهذه المسألة مبنية على مسألة القاضي يجد في ديوانه شيئا لايحفظه ، كإقرار رجل أو شهادة شهود ، أو صدور حكم منه وقد ختم بختمه ، فإنه لايقضي بذلك عند أبي حنيفة ، وعندهما يقضي به [٣] .

١٤ - ولا يشترط للتحمل : البلوغ ، والحرية ، والإسلام ، والعدالة ، حتى لو كان الشاهد وقت التحمل صبيا عاقلاً ، أو عبداً ، أو كافراً ، أو فاسقا ، ثم بلغ الصبي ، وأعتق العبد ، وأسلم الكافر ، وتاب الفاسق ، فشهدوا عند القاضي قبلت شهادتهم [٤] .

١٥ - وأما شروط الأداء :

فمنها ما يرجع إلى الشاهد .

ومنها ما يرجع إلى الشهادة .

(١) بدائع الصنائع ٩/٤٠٣٨ ، ٤٠٤٨ ، الفتاوى الهندية ٣/٤٥٠ .

(٢) الشرح الكبير ١٢/١٠ ، المغني ١٢/٢٢ .

(٣) شرح أدب القاضي للخصاف تأليف برهان الأئمة حسام الدين عمر بن عبد العزيز ابن مازة البخاري الحنفي المعروف بالصدر الشهيد ٣/٩٧ ، ١٠٥ .

(٤) تبيين الحقائق ٤/٢١٨ ، الفتاوى الهندية ٣/٤٥٠ ، والقوانين الفقهية (٢٠٣) تبصرة الحكام ١/٢١٦ ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ١٢/٥٧ ، الإقناع ٤/٤٤٠ ، والمغني مع الشرح الكبير ١٢/٨٤ .

ومنها ما يرجع إلى المشهود به .

ومنها ما يرجع إلى النصاب (أي عدد الشهود) .

أولاً : ما يرجع إلى الشاهد :

أن يكون الشاهد أهلاً للشهادة ، وذلك بتوفر شروطها فيه .

ومن تلك الشروط :

(١) - البلوغ :

١٦ - فلا تصح شهادة الأطفال والصبيان لقوله تعالى : ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان﴾ [١] .

والصبي ليس من الرجال لقوله - ﷺ - : «رفع القلم عن ثلاثة : عن النائم حتى يستيقظ ، وعن الصغير حتى يكبر ، وعن المجنون حتى يعقل أو يفيق [٢] » . ولأنه إذا لم يؤمن على حفظ أمواله ، فلأن لايؤتمن على حفظ حقوق غيره أولى [٣] .

وذهب بعض المالكية وبعض الحنابلة إلى جواز شهادة الصبيان فيما بينهم في الجراح والقتل قبل أن يتفرقوا ، وزاد المالكية : أن

(١) سورة البقرة ٢٨٢ .

(٢) حديث : «رفع القلم عن ثلاثة» .

أخرجه ابن ماجه (١/٦٥٨ - ط الحلبي) والحاكم (٢/٥٩ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث عائشة وصححه الحاكم ووافقه الذهبي .

(٣) المهذب ٢/٣٢٥ .

يتفقوا في شهادتهم ، وأن لايدخل بينهم كبير ، واختلف فى إناثهم [١] .

(٢) - العقل :

١٧ - فلا تصح شهادة غير العاقل إجماعا ، لأنه لايعقل ما يقوله ولايصفه [٢] .

وسواء أذهب عقله بجنون أو سكر وذلك لأنه ليس بمحصّل ولا تحصل الثقة بقوله : ولأنه لا يأثم بكذبه فى الجملة ، ولايتحرز منه» [٣]

(٣) - الحرية :

١٨ - فلا تجوز شهادة من فيه رق عند جمهور الفقهاء ، كسائر الولايات ، إذ في الشهادات نفوذ قول على الغير ، وهو نوع ولاية ، ولأن من فيه رق مشتغل بخدمة سيده فلا يتفرغ لأداء الشهادة [٤] .

وذهب الحنابلة إلى قبول شهادته في كل شيء إلا في الحدود والقصاص [٥] . (وانظر مصطلح : رق ج ٢٣ ص ٨١) .

(١) تبصرة الحكام ٢/٧ ، الخرشي ١٩٦/٧ ، والقوانين الفقهية (٢٠٢) ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ٣٧/١٢ .

(٢) شرح منح الجليل ٢١٧/٤ .

(٣) المغني ٢٧/١٢ .

(٤) أسنى المطالب ٩٣٩/٥ .

(٥) الشرح الكبير ٦٥/١٢ ، منتهى الإرادات ٦٦٢/٢ ، الإنصاف ٦٠/١٢ .

(٤) - البصر :

١٩ - فلا تصح شهادة الأعمى عند الحنفية مطلقا [١] .

وذهب الشافعية إلى أنه لاتصح شهادة الأعمى في الأفعال ، لأن طريق العلم بها البصر ، وكذا في الأقوال إلا فيما يثبت بالاستفاضة ، لأنها مستندها السماع وليس الرؤية ، وإلا في الترجمة بحضرة القاضي لأنه يفسر ماسمعه [٢] .

وعند المالكية تجوز شهادته في الأقوال دون الأفعال فيما لايشتبه عليه من الأقوال إذا كان فطنا ، ولاتشتبه عليه الأصوات ، وتيقن المشهود له ، والمشهود عليه ، فإن شك في شيء منها فلا تجوز شهادته [٣] .

وعند الحنابلة تجوز شهادة الأعمى إذا تيقن الصوت لأنه رجل عدل مقبول الرواية فقبلت شهادته كالبصير ، ولأن السمع أحد الحواس التي يحصل بها اليقين ، وقد يكون المشهود عليه من ألفه الأعمى ، وكثرت صحبته له ، وعرف صوته يقينا ، فيجب أن تقبل شهادته ، فيما تيقنه كالبصير ، ولاسبيل

(١) البدائع ٤٠٢٣/٩ ، فتح القدير ٢٧/٦ ، الفتاوى الهندية ٤٦٤/٣ - ٤٦٥ .

(٢) المهذب ٣٣٦/٢ .

(٣) الخرشي ١٧٩/٧ ، شرح منح الجليل ٢٢١/٤ .

إلى إنكار حصول اليقين في بعض الأحوال [١].

وذهب زفر من الحنفية (وهو رواية عن أبي حنيفة) إلى قبول شهادته فيما يجري فيه التسامع ، لأن الحاجة فيه إلى السماع ، ولا خلل فيه [٢].

وذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى أن الأعمى لو تحمل شهادة تحتاج إلي البصر ، وهو بصير ، ثم عمي فإن تحمل على رجل معروف بالاسم والنسب يقر لرجل بهذه الصفة ، فله أن يشهد بعدما عمي ، وتقبل شهادته لحصول العلم ، وإن لم يكن كذلك لم تقبل .

ونص الحنابلة على أنه إن تيقن صوته لكثرة إلفه له صح أن يشهد به .

وكذلك الحكم إن شهد عند الحاكم ، وهو بصير ، ثم عمي قبل الحكم بشهادته ، جاز الحكم بها عندهم ، وعند أبي يوسف من الحنفية ، وذلك لأنه معنى طرأ بعد أداء الشهادة فلا يمنع الحكم بها ، كما لو مات الشاهدان أو غابا بعد أداء الشهادة .

وذهب أبو حنيفة ومحمد إلى عدم قبول

(١) المغني والشرح الكبير ١٢/ ٦١ .
(٢) الهداية ٣/ ١٢١ ، وشرحها فتح القدير ٦/ ٢٧ ، البناية ٧/ ١٦٠ ، تبيين الحقائق ٤/ ٢١٧ ، المبسوط ١٦/ ١٢٩ .

شهادته في الحالتين السابقتين ، لأن قيام الأهلية شرط وقت القضاء لتصير حجة [١].

(٥) - الإسلام :

٢٠ - الأصل أن يكون الشاهد مسلما فلا تقبل شهادة الكفار سواء أكانت الشهادة على مسلم أم على غير مسلم ، لقوله تعالى : ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم﴾ [٢]. وقوله : ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾ [٣]. والكافر ليس بعدل وليس منا ولأنه أفسق الفساق ويكذب على الله تعالى فلا يؤمن منه الكذب على خلقه .

وعلى هذا الأصل جرى مذهب المالكية والشافعية والرواية المشهورة عن أحمد [٤].

لكنهم استثنوا من هذا الأصل شهادة الكافر على المسلم في الوصية في السفر فقد أجازوها عملاً بقوله تعالى : ﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم فى الأرض فأصابتكم مصيبة الموت﴾ [٥] .

(١) تبيين الحقائق وحاشية الشلبي عليه ٤/ ٢١٨ ، ومنح الجليل ٤/ ٢٢١ ، وروضة الطالبين ١٢/ ٢٦٠ ، والمغني ١٢/ ٦٢ و٦٣ .
(٢) سورة البقرة / ٢٨٢ .
(٣) سورة الطلاق / ٢ .
(٤) مواهب الجليل ٦/ ١٥٠ ، وأسنى المطالب ٤/ ٣٣٩ ، ومغني المحتاج ٤/ ٤٢٧ ، والمغني ١٢/ ٥٣ .
(٥) سورة المائدة / ١٠٦ .

وأجاز الحنفية شهادة الذميين بعضهم على بعض ، وإن اختلفت مللهم ، وشهادة الحربيين على أمثالهم .

وأما المرتد فلا تقبل شهادته مطلقا [١] .

(٦) - النطق :

٢١ - فلا تصح شهادة الأخرس عند جمهور الفقهاء .

وذهب مالك إلى صحة شهادته إذا عرفت إشارته ويرى الحنابلة قبول شهادة الأخرس إذا أداها بخطه [٢] .

(٧) - العدالة :

٢٢ - لاخلاف بين الفقهاء في اشتراط عدالة الشهود لقوله تعالى : ﴿وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾ [٣] . ولهذا لاتقبل شهادة الفاسق .

والعدالة عرفها المالكية بالمحافظة الدينية على اجتناب الكبائر وتوقي الصغائر وأداء الأمانة وحسن المعاملة وأن يكون صلاحه أكثر من فساده وهي شرط وجوب القبول .

وعرفها الحنابلة بالصلاح في الدين وهو : أداء الفرائض برواتبها ، واجتناب الكبائر وعدم الإصرار على الصغائر ، ويعتبر فيها أيضا

(١) البحر الرائق ١٠٢/٧ ، ١٠٤ ، المبسوط ١٣٣/١٦ ، ١٣٥ .

(٢) أقرب المسالك ١٧٦ ، التاج والإكليل ١٥٤/٦ ، مواهب الجليل للحطاب ١٥٤/٦ ، وروضة الطالبين ٢٤٥/١١ ، وشرح منتهى الإرادات ٥٤٥/٣ .

(٣) سورة الطلاق / ٢ .

استعمال المروءة بفعل ما يجمله ويزينه ، وترك مايدلسه ويشينه .

واعتبر الشافعية المروءة شرطا مستقلا . وينظر التفصيل في مصطلح (عدالة)

والعدالة شرط وجوب القبول على القاضي لاجوازه [١] . فإذا توفرت في الشاهد وجب على القاضي أن يأخذ بشهادته .

وقال الشافعي : إذا كان الأغلب على الرجل والأظهر من أمره الطاعة والمروءة قبلت شهادته ، وإن كان الأغلب على الرجل والأظهر من أمره المعصية وخلاف المروءة ردت شهادته [٢] .

(٨) - التيقظ : أو الضبط :

٢٣ - لا تقبل شهادة مغفل لا يضبط أصلا أو غالباً لعدم التوثق بقوله ، أما من لايضبط نادراً والأغلب فيه الحفظ والضبط فتقبل قطعا ، لأن أحداً لايسلم من ذلك [٣] .

(١) مواهب الجليل ١٥٠/٦ ، وشرح منتهى الإرادات ٥٤٦/٣ ، ومغني المحتاج ٤٢٧/٤ ، شرح أدب القاضي للخصاف تأليف حسام الدين الصدر الشهيد بن مازة البخاري ٨/٣ ف ٥٤٥ وأحكام القرآن للجصاص ٥٠٣/١ - ٥٠٤ ، الفتاوى الهندية ٤٥٠/٣ .

(٢) مختصر المزني من كلام الشافعي ٢٥٦/٥ ، الأم ٤٨/٧ .

(٣) القوانين الفقهية (٣٠٣) ط . بيروت دار الكتاب ، وتبصرة الحكام ١٧٢/١ ، ومغني المحتاج ٤٣٦/٤ ، والمغني مع الشرح الكبير ٣٠/١٢ .

(٩) ـ ألا يكون محدوداً في قذف :

٢٤ ـ وذلك لقوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء فاجلدوهم ثمانين جلدة ولا تقبلوا لهم شهادة أبدا وأولئك هم الفاسقون﴾ (١) .

فإن تاب وأصلح :

فقد ذهب الجمهور إلى قبول شهادته لقوله تعالى بعد الآية السابقة مباشرة : ﴿إلاّ الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا فإن الله غفور رحيم﴾ (٢) .

وذهب الحنفية إلى عدم قبول شهادته ولو تاب .

وقال المالكية : لا تقبل شهادة المحدود فيما حد فيه وتقبل فيما عداه إن تاب (٣) .

ومناط الخلاف في هذه الآية في ورود الاستثناء بعد مذكورين أيشملهم كلهم أم يعود إلى أقرب مذكور؟

فعند الحنفية أن الاستثناء يعود إلى الأخير وهو هنا التوبة من الفسق فقط .

وعند الجمهور يعود إلى جميع ما ذكر .

واستدل الجمهور بقول عمر ـ رضي الله تعالى عنه ـ لمن جلده في شهادته على المغيرة ابن شعبة بقوله : تب أقبل شهادتك .

(١) سورة النور / ٤ .

(٢) سورة النور / ٥ .

(٣) الفتاوى الهندية ٣ / ٤٥٠ ، والحطاب ٦ / ١٦١ .

وهي مسألة أصولية معروفة (١) .

(١٠) ـ الذكورة في الشهادة على الحدود والقصاص :

يشترط الذكورة في الشهادة على الحدود والقصاص

٢٥ ـ لما رواه مالك عن الزهري : « مضت السنة بأن لاشهادة للنساء في الحدود والقصاص » .

(١١) ـ عدم التهمة :

٢٦ ـ للتهمة أسباب منها :

أ ـ أن يجر بشهادته إلى نفسه نفعاً أو يدفع ضرا ، فلا تقبل شهادة الوارث لمورثه بجرح قبل اندماله ، ولا الضامن للمضمون عنه بالأداء ، ولا الإبراء ، وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه لاتقبل شهادة أحد الزوجين للآخر وخالف في هذا الشافعية .

ب ـ البعضية : فلا تقبل شهادة أصل لفرعه ، ولا فرع لأصله ، وتقبل شهادة أحدهما على الآخر .

ج ـ العداوة : فلا تقبل شهادة عدو على عدوه ، والمراد بالعداوة هنا ، العداوة الدنيوية لا الدينية ، فتقبل شهادة المسلم على الكافر ، والسني على المبتدع ، وكذا من

(١) المستصفي ٢ / ١٧٤ ، وفواتح الرحموت (بهامش المستصفي) ١ / ٣٣٢ ، الإحكام في أصول الأحكام للآمدي (طبعة محمد على صبيح) ٢ / ١٣٥ .

أبغض الفاسق لفسقه لاترد شهادته عليه والعداوة التي ترد بها الشهادة أن تبلغ حدا يتمنى زوال نعمته ويفرح لمصيبته ، ويحزن لمسرته ، وذلك قد يكون من الجانبين وقد يكون من أحدهما ، فيخص برد شهادته على الآخر وتقبل شهادة العدو لعدوه إذ لا تهمة .

د ـ أن يدفع بالشهادة عن نفسه عار الكذب ، فإن شهد فاسق ورد القاضي شهادته ثم تاب بشروط التوبة فشهادته المستأنفة مقبولة بعد ذلك ، ولو أعاد تلك الشهادة التي ردت لم تقبل .

هـ ـ الحرص على الشهادة بالمبادرة من غير تقدم دعوى ، وذلك في غير شهادة الحسبة [(١)] .

و ـ العصبية ، فلا تقبل شهادة من عرف بها وبالإفراط في الحمية كتعصب قبيلة على قبيلة وان لم تبلغ رتبة العداوة . نص على ذلك الحنابلة [(٢)] .

واستدلوا لاشتراط عدم التهمة [(٣)] بقوله ﷺ : « لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة ولا ذي غِمر على أخيه ، ولاتجوز شهادة القانع لأهل البيت» [(١)] .

ثانياً : ما يرجع من شروط الأداء إلى الشهادة نفسها ومن ذلك :

٢٧ ـ (١) ـ اشتراط وجود الدعوى في الشهادة على حقوق العباد من المدعي أو نائبه . أما الشهادة على حقوق الله تعالى فلا يشترط فيها وجود الدعوى على رأي جمهور الفقهاء [(٢)] .

(٢) ـ موافقتها للدعوى (كما سيرد تفصيله) .

(٣) ـ العدد في الشهادة فيما يطلع عليه الرجال .

(٤) ـ اتفاق الشاهدين (كما سيرد تفصيله) .

(٥) ـ تعذر حضور الأصل (وهذا في الشهادة على الشهادة) كما سيأتي .

(٦) ـ أن تؤدى بلفظ الشهادة . بأن يقول : أشهد بكذا وهذا قول الجمهور والأظهر عند المالكية أنه يكفي مايدل على

---

(١) تبيين الحقائق ٤/٢٢٣ ، والشرح الصغير ٤/٢٤٦ ، والقوانين الفقهية (٣٠٣، ٣٠٤) ط . دار الكتاب العربي ، وتبصرة الحكام ١/١٥٤ ، وروضة الطالبين ١١/٢٣٤ ـ ٢٤٢ ، والمهذب ٢/٣٣١ ، ومغني المحتاج ٤/٤٣٣ ، والمغني ١٢/٥٥ وما بعدها ، ومنتهى الإرادات ٣/٥٥٥ .

(٢) منتهى الإرادات ٣/٥٥٥ .

(٣) المهذب ٢/٣٣٠ .

(١) حديث : «لاتجوز شهادة خائن ولا خائنة» . أخرجه أحمد (٢/٢٠٤ ـ ط ، الميمنية) من حديث عبد الله بن عمرو ، قوى إسناده ابن حجر في التلخيص (٢/١٩٨ ـ . ط . شركة الطباعة الفنية) . وذو الغمر : ذو الحقد ، والقانع : الخادم الذي انقطع لخدمة أهل البيت .

(٢) الدر المختار ٤/٣٧٠ .

حصول علم الشاهد كأن يقول : رأيت كذا أو سمعت كذا ولايشترط أن يقول : أشهد [١].

ثالثاً : ما يرجع من شروط الأداء إلى المشهود به :

يشترط في المشهود به :

(٢٨) ـ (١) ـ أن يكون معلوما ، فإن كانت الشهادة بمجهول فلا تقبل . وذلك لأن شرط صحة قضاء القاضي أن يكون المشهود به معلوما .

(٢) ـ كون المشهود به مالا أو منفعة فلا بد أن يكون متقوما شرعاً .

رابعاً : ما يرجع من شروط الأداء إلى نصاب الشهادة :

٢٩ ـ يختلف عدد الشهود في الشهادات بحسب الموضوع المشهود به :

أ ـ من الشهادات مالا يقبل فيه أقل من أربعة رجال ، لا امرأة بينهم وذلك في الزنا ، لقوله تعالى : ﴿والذين يرمون المحصنات ثم لم يأتوا بأربعة شهداء . .﴾ [٢]الآية .

وقوله تعالى : ﴿لولا جاءوا عليه بأربعة شهداء . . .﴾ [٣]الآية .

وقوله تعالى : ﴿واللاتى يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم﴾ [١].

وعن أبي هريرة أن سعد بن عبادة قال يارسول الله إن وجدت مع امرأتي رجلا أأمهله حتى آتي بأربعة شهداء ؟ قال : «نعم» [٢].

ب ـ نص الحنابلة على أنه إذا ادعى من عرف بغنى أنه فقير لأخذ زكاة فلا بد من شهادة ثلاثة رجال ، يشهدون له [٣]. لحديث قبيصة حتى يقوم ثلاثة من ذوي الحجا من قَومه : لقد أصابت فلاناً فاقة » [٤].

ج ـ ومنها ما يقبل فيه شاهدان لا امرأة فيهما ، وهو ماسوى الزنى من الحدود والقصاص ، كالقطع في السرقة ، وحد الحرابة ، والجلد في الخمر ، وهذا باتفاق الفقهاء .

وذهب جمهور الفقهاء إلى أن ما يطلع عليه الرجال غالباً ، مما ليس بمال ولايقصد منه مال : كالنكاح ، والطلاق ، والرجعة ، والإيلاء ، والظهار ، والنسب ، والإسلام ،

---

(١) البدائع ٦/٢٧٣ ، والشرح الصغير ٢/٣٤٨ ط . الحلبي ، والمغني ٩/٢١٦ . الطبعة الثالثة ، والجمل على شرح المنهج ٥/٣٧٧ .

(٢) سورة النور / ٤ .

(٣) سورة النور / ١٣ .

(١) سورة النساء / ١٥ .

(٢) حديث أبي هريرة أن سعد بن عبادة قال : يا رسول الله إن وجدت . . . » أخرجه مسلم (٢/١١٣٥ ط الحلبي) .

(٣) شرح منتهى الإرادات ٣/٥٥٦ .

(٤) حديث قبيصة : «حتى يقوم ثلاثة من ذوي الحجا . .» أخرجه مسلم (٢/٧٢٢ ـ ط الحلبي) .

والردة ، والجرح ، والتعديل ، والموت ، والإعسار، والوكالة ، والوصاية ، والشهادة على الشهادة ، ونحو ذلك ، فانه يثبت عندهم بشهادة شاهدين لا امرأة فيهما [١].

ودليلهم في ذلك أن الله تعالى نص على شهادة الرجلين في الطلاق والرجعة والوصية .

فأما الطلاق والرجعة فقوله تعالى : ﴿فأمسكوهن بمعروف أو فارقوهن بمعروف وأشهدوا ذوى عدل منكم﴾ [٢].

وأما الوصية فقوله : ﴿إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم﴾ [٣].

وأن النبي ﷺ قال في النكاح : «لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل» [٤].

وروى مالك عن الزهري أنه قال : «مضت السنة بأنه لاتجوز شهادة النساء في الحدود ولا في النكاح والطلاق .

وقيس عليها ماشاركها في الشرط المذكور [١].

د ـ وقال الحنفية : ما يقبل فيه شاهدان ، أو شاهد وامرأتان هو ماسوى الحدود والقصاص سواء أكان الحق مالا أم غير مال ، كالنكاح والطلاق والعتاق والوكالة والوصاية [٢].

ودليله قوله تعالى : ﴿واستشهدوا شهيدين من رجالكم فإن لم يكونا رجلين فرجل وامرأتان ممن ترضون من الشهداء﴾ [٣].

وقصر الجمهور قبول شهادة الرجلين أو الرجل والمرأتين على ما هو مال أو بمعنى المال ، كالبيع ، والإقالة ، والحوالة ، والضمان ، والحقوق المالية ، كالخيار ، والأجل ، وغير ذلك [٤].

وأجازوا فيه أن يثبت بشاهد واحد ويمين المدعي .

---

(١) الشرح الكبير ١٢/٨٤ ، تبصرة الحكام ١/٢٦٥ ، روضة الطالبين للنووى ١١/٢٥٣ ، والمغني ١٢/٦ .
(٢) سورة الطلاق / ٢ .
(٣) سورة المائدة / ١٠٦ .
(٤) حديث : «لانكاح إلا بولي» .
أخرجه البيهقي (٧/١٢٥ ـ ط . دائرة المعارف العثمانية) من حديث عائشة ، وإسناده صحيح .

---

(١) مغني المحتاج ٤/٤٤٢ ، نهاية المحتاج ٨/٢٩٥ .
(٢) الهداية ٣/١١٧ ، فتح القدير ٦/٧ ، الفتاوى الهندية ٣/٤٥١ ، المبسوط ١٦/١١٥ .
(٣) سورة البقرة / ٢٨٢ .
(٤) الشرح الكبير ١٢/٩٠ ، حاشية الدسوقي ٤/١٨٧ ، حاشية الخرشي ٤/٢٠١ ، مغني المحتاج ٤/٤٤١ ، نهاية المحتاج ٨/٢٩٤ ـ ٢٩٥ ، روضة الطالبين ١١/٢٥٤ ، ٢٧٨ ، المغني ١٢/٩ .

ودليلهم في ذلك أنه صلى الله عليه وسلم قضى بيمين وشاهد [١].

ولم يجز الحنفية القضاء بالشاهد واليمين وذهبوا إلى أن القاضي إذا قضى بالشاهد واليمين لاينفذ قضاؤه ، لأن الآثار التي وردت في هذا الشأن لاتثبت عندهم [٢].

هـ - ومنها ما تقبل فيه شهادة النساء منفردات ، وهو الولادة والاستهلال والرضاع ، وما لايجوز أن يطلع عليه الرجال الأجانب من العيوب المستورة .

ولكنهم اختلفوا في العدد الذي تثبت به هذه الأمور من النساء [٣]. على خمسة أقوال :

الأول : ذهب الحسن البصري إلي أنه تقبل في الولادة شهادة القابلة وحدها ، ولا تقبل شهادة غير القابلة إلا مع غيرها .

وهو مروي عن ابن عباس ، ورواية عن أحمد [١].

الثاني : ذهب أبو حنيفة إلى أنه تقبل في ذلك شهادة امرأة واحدة مسلمة حرة عدلة قابلة كانت أو غيرها ، إلاَّ ولادة المطلقة فلا تقبل فيها شهادة الواحدة [٢] استدلالا بما روي عن حذيفة - رضي الله عنه - أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة [٣].

وبما روي عن عمر وعلي - رضي الله تعالى عنهما - أنهما أجازا شهادتها [٤].

الثالث : ذهب مالك ، والحكم ، وابن شبرمة وابن أبي ليلى ، وأحمد في إحدى روايتيه إلى أنه تقبل في ذلك شهادة امرأتين ولا يشترط أكثر من ذلك ، لأنهن لما قمن في انفرادهن مقام الرجال ، وجب أن يقمن في العدد مقام الرجال ، وأكثر عدد الرجال اثنان ، فاقتضى أن

---

(١) حديث : «قضى بيمين وشاهد» .
أخرجه مسلم (٣/١٣٣٧ - ط الحلبي) من حديث ابن عباس .

(٢) انظر شرح أدب القاضي للخصاف تأليف حسام الدين الصدر الشهيد ٤/٤٥٥ . الفقرة ١٤٩٩ .

(٣) انظر هذه المذاهب في كتاب الشهادات من الحاوي للماوردي الفقرة ٣٨٧٧ وانظر المغني : ١٢/١٦ - ١٧ ، والشرح الكبير ١٢/٩٧ - ٩٨ ، والمبسوط ١٦/١٤٢ - ١٤٤ ، جواهر العقود ٢/٤٣٨ ، معين الحكام : ٩٤ - ٩٥ ، سنن البيهقي ١٠/١٥١ ، بداية المجتهد ٢/٤٥٤ ، شرح الزرقاني على موطأ مالك ٤/٣٨٠ .

(١) المغني ١٢/١٦ - ١٧ ، الشرح الكبير ١٢/٩٨ ، الإنصاف ١٢/٨٦ .

(٢) الهداية ٣/١١٧ ، المبسوط ١٦/١٤٣ ، معين الحكام : ٩٤ ، الفتاوى الهندية ٣/٤٥١ .

(٣) حديث حذيفة : «أن النبي ﷺ أجاز شهادة القابلة» .
أخرجه الدارقطني (٤/٢٣٣ - ط دار المحاسن) والبيهقي (١٠/١٥١ - ط . دائرة المعارف العثمانية) وأعله بالانقطاع .

(٤) روى ذلك عبد الرزاق عن عمر (المصنف : ٨/٣٣٤ الحديث ١٥٤٢٩) ورواه الدارقطني عن علي موقوفا (سنن الدارقطني ٤/٢٣٣) وانظره في السنن الكبرى ١٠/١٥١ وفي إسناده مقال (نصب الراية ٤/٨٠) والدراية (٢/١٧١ ضمن الحديث ٨٢٧) .

يكون أكثر عدد النساء اثنتين [١]

الرابع : هو ما حكي عن عثمان البتي أنه تقبل ثلاث نسوة ، ولا يقبل أقل منهن ، وهو مروي عن أنس . واستدل لذلك بأن الله ضم شهادة المرأتين إلى الرجل في الموضع الذي لاينفردن فيه فوجب أن يستبدل الرجل بالمرأة في الموضع الذي ينفردن فيه فيصرن ثلاثا [٢].

الخامس : ذهب الشافعي وعطاء إلى أنه لايقبل في ذلك أقل من أربع نسوة [٣].

قال الشافعي : لأن الله عز وجل حيث أجاز الشهادة انتهى بأقلها إلى شاهدين ، أو شاهد وامرأتين ، فأقام الثنتين مقام رجل ، حيث أجازهما فإذا أجاز المسلمون شهادة النساء فيما يغيب عن الرجال لم يجز والله أعلم أن يجيزوها إلا على أصل حكم الله عزوجل في الشهادات ، فيجعلون كل امرأتين تقومان مقام رجل ، وإذا فعلوا لم يجز إلا أربع، وهكذا

(١) المدونة الكبرى ١٥٨/٥ ، تبصرة الحكام ٢٩٥/١ ، والقوانين الفقهية ٣١٥ ط . تونس . تنوير الحوالك ١١٠/٢ ، وانظر المغني ١٧/١٢ .

(٢) كتاب الشهادات من الحاوي للماوردي الفقرة ٣٨٧٧ ، والمغني ١٧/١٢ ، والشرح الكبير ٩٨/١٢ .

(٣) الأم ٢٦٧/٦، ٤٣/٧ ، مختصر المزني ٢٤٨/٥ ، كتاب الشهادات من الحاوي الكبير : الفقرة ٣٨٧٧ ، السنن الكبرى ١٥١/١٠ ، مغني المحتاج ٤٤٢/٤ ، نهاية المحتاج ٢٩٦/٨ ، المهذب ٣٣٥/٢ .

المعنى فى كتاب الله - عز ذكره - وما أجمع عليه المسلمون [١].

و- ومنها ما تقبل فيه شهادة شاهد واحد ، فتقبل شهادة الشاهد الواحد العدل بمفرده في إثبات رؤية هلال رمضان استدلالا بحديث ابن عمر- رضي الله عنهما - ، قال : « تراءى الناس الهلال ، فأخبرت النبي ﷺ أني رأيته فصامه وأمر الناس بصيامه » [٢].

وبحديث ابن عباس - رضي الله عنهما - أنه قال: «جاء أعرابي إلى النبي ﷺ فقال : إني رأيت الهلال ، فقال : «أتشهد أن لاإله إلا الله ؟ وأتشهد أن محمدا رسول الله ؟» قال : نعم ، قال : «يا بلال أذن في الناس أن يصوموا غدا» [٣].

وهو أحد قولي الشافعي والمشهور عن أحمد ، وبه قال الحنفية : إن كان بالسماء علة من غيم أو غبار ونحو ذلك .

ويرى المالكية والحنابلة أنه تقبل شهادة الطبيب الواحد في الشجاج ، والبيطار في عيوب الدواب .

(١) الأم ٢٦٧/٦ .

(٢) حديث ابن عمر : «تراءى الناس الهلال» .
أخرجه أبو داود (٧٥٦/٢ - ٧٥٧ - تحقيق عزت عبيد دعاس) والحاكم ٤٢٣/١ - ط. دائرة المعارف العثمانية) وصححه ووافقه الذهبي .

(٣) حديث : جاء أعرابي إلى رسول الله ﷺ .
أخرجه الترمذي (٦٥/٣ - ط الحلبي) والنسائي (١٣٢/٤ - ط. المكتبة التجارية) ورجحا إرساله .

وقيده المالكية بما إذا كان بتكليف من الإمام .

وقيده الحنابلة بما إذا لم يوجد غيره (١) .

حكم الإشهاد :

٣٠ - فرق الفقهاء في وجوب الإشهاد على العقود بين عقود النكاح وغيرها : فذهب جمهورهم إلى أن الإشهاد على عقد النكاح واجب وشرط في صحته ، لقوله ﷺ : «لانكاح إلا بولي وشاهدي عدل» (٢) .

وذهب مالك إلى أن الإشهاد غير واجب إذا تم الإعلان (٣) .

أما عقود البيوع ، فقد ذهب أبو موسى الأشعري ، وابن عمر ، والضحاك ، وسعيد ابن المسيب ، وجابر بن زيد ، ومجاهد إلى أن الإشهاد واجب (٤) .

قال عطاء : أَشْهِد إذا بعت وإذا اشتريت بدرهم أو نصف درهم أو ثلث درهم أو أقل من ذلك ، فإن الله عز وجل يقول : ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ (١) .

وذهب كثير من الصحابة والتابعين، وجمهور الفقهاء والمفسرين، إلى أن الأمر في قوله تعالى : ﴿وأشهدوا إذا تبايعتم﴾ للندب وليس للوجوب ، لورود الآية التي بعدها وهي قوله : ﴿فإن أمن بعضكم بعضا فليؤد الذي اؤتمن أمانته﴾ (٢) . فدل ذلك على أن الأمر فيها محمول على الاستحباب (٣) .

ولما ورد عن جابر: أنه باع النبي ﷺ جمله واستثنى ظهره إلى المدينة (٤) .

فدل ظاهر الحديث أنه لم يشهد .

وقد باع النبي ﷺ وأشهد ، وباع في أحيان أخرى واشترى، ورهن درعه عند يهودي (٥) ، ولم يشهد .

---

(١) الأم ٢ / ٨٠ ونجد رأيه الثاني في الموضع نفسه أنه لايجوز إلا شاهدان . وانظر مختصر المزني ٢ /٣ ، وانظر نهاية المحتاج ٣ /١٤٩ ، مغني المحتاج ١ /٤٢٠ - ٤٢١ ، حاشية البجيرمي على الخطيب ٢ /٣٢٤ ، تبصرة الحكام ١ /٢٢٩ ، والمغني مع الشرح الكبير ٣ /٨ ، وشرح منتهى الإرادات ٣ /٥٥٧ ، الهداية ١ /١٢١ وشروحها : فتح القدير ٢ /٥٩ ، البناية ٣ /٢٨٨ .

(٢) الحديث تقدم تخريجه ف ٢٩ .

(٣) المدونة الكبرى المجلد الثاني ص ١٩٢ ، تبصرة الحكام ١ /٢٠٩ .

(٤) انظر تفسير القرطبي ٣ /٤٠٢ جواهر العقود ٢ /٤٢٨ ، بداية المجتهد ٢ /٤٥٢ الشهادات من الحاوي الفقرة ٣٨٠٩ .

(١) سورة البقرة / ٢٨٢ .

(٢) سورة البقرة / ٢٨٣ .

(٣) المبسوط ١٦ /١١٢ ، تبصرة الحكام ١ /٢٠٩ ، الأم ٣ /٧٦ - ٧٧ ، مختصر المزني ٥ /٢٤٦ ، المهذب ٢ /٣٢٤ ، نهاية المحتاج ٨ /٢٧٧ ، سنن البيهقي ١٠ /١٤٥ ، تفسير القرطبي ٣ /٤٠٢ ، تفسير ابن كثير ١ /٣٣٦ .

(٤) حديث جابر : أنه باع النبي ﷺ جمله واستثنى ظهره إلى المدينة .

أخرجه البخاري (الفتح ٤ /٤٨٥ - ط السلفية) ومسلم (٣ /١٢٢١ - ط . الحلبي) .

(٥) حديث : «رهن درعه عند يهودي» .

أخرجه البخاري (الفتح ٥ /١٤٢ - ط . السلفية) ومسلم (٣ /١٢٢٦ - ط . الحلبي) من حديث عائشة .

ولو كان الإشهاد أمرا واجبا لوجب مع الرهن لخوف المنازعة [١].

قال ابن عطية : (والوجوب في ذلك قلق ، أما في الدقائق فصعب شاق ، وأما ماكثر فربما يقصد التاجر الاستئلاف بترك الإشهاد ، وقد يكون عادة في بعض البلاد ، وقد يستحى من العالم والرجل الكبير الموقر فلا يشهد عليه ، فيدخل ذلك كله في الائتمان ، ويبقي الأمر بالإشهاد ندبا لما فيه من المصلحة في الأغلب مالم يقع عذر يمنع منه) [٢].

مستند علم الشاهد :

٣١ - الأصل في الشهادة أن تكون عن مشاهدة وعيان ، لقوله تعالى : ﴿إلا من شهد بالحق وهم يعلمون﴾ [٣].

وقوله تعالى حكاية عن أخوة يوسف : ﴿وما شهدنا إلا بما علمنا﴾ [٤].

فأخبر سبحانه وتعالى أن الشهادة تكون بالعلم ، ولاتصح بغلبة الظن .

ويستدل لذلك بحديث ابن عباس - رضى الله عنهما - قال : ذكر عند رسول الله ﷺ الرجل يشهد بشهادة ، فقال لي : يا ابن عباس لاتشهد إلا على ما يضيىء لك كضياء هذه الشمس وأومأ رسول الله ﷺ بيده إلى الشمس [١].

وهذا يدل على أن الشهادة يجب أن يكون مستندها أقوى أسباب العلم وهي المشاهدة والعلم اليقيني .

لكن الأمور المشهود بها قد تتفاوت فيما بينها في تحصيل العلم بها :

فمنها ما شأنه أن يعاينه الشاهد كالقتل ، والسرقة ، والغصب ، والرضاع ، والزنى ، وشرب الخمر .

فلا يصح أن يشهد الشاهد هذه الأمور إلا بالمعاينة ببصره .

ومنها أمور لايصح للشاهد أن يشهد بها إلا بالسماع والمعاينة ، وإليه ذهب الجمهور في عقود النكاح ، والبيوع ، والإجارات ، والطلاق ، لأن الأصوات قد تشتبه ، ويكتفي الحنابلة فيها بالسماع إذا عرف المتعاقدين يقينا وتيقن أنه كلامهما [٢].

ومنها ما يحصل علمه بها عن طريق سماع الأخبار الشائعة المتواترة والمستفيضة ،

---

(١) تفسير القرطبي ٣/٤٠٣ .
(٢) المحرر الوجيز في تفسير الكتاب العزيز (طبعة القاهرة) ٢/٢٩٨ ، وانظر تفسير القرطبي ٣/٤٠٣ .
(٣) سورة الزخرف /٨٦ .
(٤) سورة يوسف /٨١ .

---

(١) الحديث تقدم تخريجه ف ١ .
(٢) الدر المختار ٤/٣٧٥ ، والقوانين الفقهية (٢٠٥) ط دار القلم بيروت
روضة الطالبين ١١/٢٥٩ ، والمغني مع الشرح الكبير ١٢/١٩ .

المرتبة السابقة يكون مصدره سماعا مستفيضا لم يبلغ في استفاضته حد الأولى ، وهذه المرتبة هي المقصود بكلام الفقهاء عند إطلاقهم الحديث على شهادة السماع ، أو الشهادة بالسماع ، أو بالتسامع [١]. وهي التي قالوا في تعريفها : « إنها لقب لما يصرح الشاهد فيه باستناد شهادته لسماع من غير معين فتخرج ـ بذلك ـ شهادة البت والنقل [٢]. وقد اتفقوا على جواز اعتمادها قضاء للضرورة ، أو الحاجة في حالات خاصة اختلفت كمّا باختلاف المذاهب في تحديد مواضع الحاجة ، وضبط القيود التى تعود إليها ، والثابت عند الدارسين أن أكثر المذاهب الإسلامية تسامحا في الأخذ بها هو المذهب المالكي [٣].

وأفاض المالكية في القول فيها أكثر من غيرهم ، حيث بيّن غير واحد منهم أن النظر في شهادة السامع يتناول الجوانب التالية :

الأول : الصفة التي تؤدى بها :

٣٢ ـ الراجح عند المالكية الذي عليه المعول

(١) تبصرة الحكام ١/٣٤٦ـ، ٣٤٧ ، التاودى والتسولي على التحفة ١/١٣٢ .

(٢) الحدود بشرح الرصاع ص ٤٥٥ ، المطبعة التونسية س. ١٣٥٠ هـ. مواهب الجليل مع التاج والإكليل ٦/١٩١ ، ١٩٢ ، جواهر الإكليل ٢/٢٤٢ ، التاودى والتسولي على التحفة ١/١٣٢ .

(٣) الفروق للقرافي ٤/٥٥ ، دار إحياء الكتب العربية ط ١/س ١٣٤٦ هـ .

أن يقول الشهود ـ عند تأديتها ـ « سمعنا سماعا فاشيا من أهل العدالة وغيرهم أن هذه الدار ـ مثلا ـ صدقة على بني فلان » ، أي : لابد من الجمع بين العدول ، وغير العدول في المنقول عنهم [١]. ويرى بعضهم أن عليهم أن يقولوا : « إنا لم نزل نسمع من الثقات ، أوسمعنا سماعا فاشيا من أهل العدل » [٢]. وهو رأي مرجوح عندهم ، لأن حصر مصدر سماعهم في الثقات والعدول يخرجها من السماع إلى النقل وهو موضوع آخر [٣].

قال ابن فرحون : ولايكون السماع بأن يقولوا : « سمعنا من أقوام بأعيانهم » يسمونهم أو يعرفونهم ، إذ ليست ـ حينئذ ـ شهادة تسامع بل هي شهادة على شهادة ، فتخرج عن حد شهادة السماع [٤].

وظاهر المدونة الاكتفاء بقولهم : « سمعنا سماعا فاشيا » [٥]. دون احتياج إلى إضافة « من الثقات وغيرهم » حيث لاعبرة بذكر

(١) تبصرة الحكام ١/٣٤٧ ، مواهب الجليل مع التاج والإكليل ٦/١٩١ ـ ١٩٢ ، جواهر الإكليل ٢/٢٤٢ ، التاودي والتسولي على تحفة ابن عاصم ١/١٣٢ .

(٢) المصادر السابقة .

(٣) نفس المصادر المذكورة سابقا ـ شرح حدود ابن عرفة للرصاع ص ٤٥٥ .

(٤) تبصرة الحكام ١/٣٤٧ .

(٥) انظر شهادة السماع في الأحباس والمواريث من المدونة الكبرى ٥/١٧١ ، دار صادر ـ بيروت .

كالنسب ، والملك ، والموت ، والوقف .

فيجوز للشاهد أن يشهد بها معتمدا على التسامــع .

الشهادة بالسماع والتسامع :

الشهـادة بالتسامع عند التحقيق تنقسم إلى ثلاث مراتب باعتبار درجة العلم الحاصل بهـــا :

المرتبة الأولى :

٣٣ - تفيد علما جازما مقطوعا به وهي المعبر عنها : بشهادة السماع المتواتر كالسماع بوجود مكـة والمـدينـة وبغـداد والقـاهرة والقيروان ونحوها من المدن القديمة التى ثبت القطع بوجـودهـا سماعـا عند كل من لم يشاهدها مشاهدة مباشرة فهذه عند حصولها تكون - من حيث وجـوب القبول والاعتبار - بمنزلة الشهادة إجماعا [١] .

المرتبة الثانية :

٣٤ - تفيد ظنـا قويا يقرب من القطع وهي المعبر عنها : بالاستفاضة من الخلق الغفير : كالشهــادة بأن نافعــا مولى ابن عمـر وأن عبد الرحمن بن القاسم من أوثق من أخذ عن الإمام مالك ، وأن أبا يوسف يعتبر الصاحب الأول لأبي حنيفـة ، وقـد ذهب الفقهاء إلى قبـول هذه المرتبة ووجوب العمل بمقتضاها من ذلــك قولهم : إذا رؤى الهــلال رؤية مستفيضة من جم غفير وشاع أمره بين أهل البلد لزم الفطر أو الصوم من رآه ، ومن لم يره دون احتياج إلى شهـادة عنـد الحاكم ودون توقف على إثبات تعديل نقلته [١] .

ومن هذا القبيل أيضا استفاضة التعديل والتجريح عند الحكام ، والمحكومين :

فمن النـــاس من لايحتـــاج الحـاكم إلى السؤال عنـه لاستفاضة عدالته عنده سماعا ، ومنهم من لايسأل عنه لاشتهار جرحته ، وإنما يطالب بالكشف عمن لم يشتهر لابهذه ولا بتلــك [٢] .

وقد تناقل الفقهاء ، وأصحاب التراجم ، أن ابن أبي حازم شهد عند قاضي المدينة فقال له القاضي : أما الاسم فاسم عدل ولكن من يعرف أنك ابن أبي حازم ؟ فدل هذا على أن عدالــة ابن أبي حازم لاتحتـــاج إلى السؤال عنها ، وهي مشهورة عند القاضي وغيره من الناس مع أنه لا يعرف شخصه [٣] .

المرتبـة الثالثـة :

٣٥ - تفيد ظنـا قويا دون الظن المذكور في

---

(١) تبصرة الحكـام ١/٣٤٥ ، ٣٤٦ ، البهجـة في شرح التحفـة ١/١٣٢ ، مطبعـة حجـازي بالقـاهرة ، حلي المعاصم لبنت فكر ابن عاصم ١/١٣٢ بهامش البهجة .

(١) المصادر السابقة .

(٢) تبصرة الحكام ١/٣٤٦، ٣٤٧ . التاودي على التحفة ١/١٣٢ .

(٣) طبقات الفقهاء للشيرازى ص ١٤٦ ، دار الرائد العربي ، بيروت ، المدارك لعياض ٣/٩ - ١٢ الطبعة المغربية .

العدول في المنقول عنهم خلافا لما يراه مطرف وابن ماجشون (١).

والثاني : شروط قبولها :

٣٦- وأهمها باختصار :

(١) أن تكون من عدلين فأكثر ويكتفى بهما على المشهور، خلافا لمن نص على أنه لايكتفى فيها إلا بأربعة عدول (٢).

(٢) السلامة من الريب : فإن شهد ثلاثة عدول مثلا على السماع وفي الحي أو في القبيلة مائة رجل في مثل سنهم لايعرفون شيئا عن المشهودفيه ، فإن شهادتهم ترد للريبة التي حفت بها ، فإذا انتفت الريبة قبلت ، كما إذا شهد على أمر مًّا ،شيخان قد انقرض جيلهما ، فلا ترد وإن لم يشهد بذلك غيرهما من أهل البلد وكذلك لو شهد عدلان طارئان باستفاضة موت، أو ولاية ، أو عزل ، قد حدث ببلدهما وليس معهما ـ في الغربة ـ غيرهما ، فإن شهادتهما مقبولة للغرض نفسه (٣).

(٣) أن يكون السماع فاشيا مستفيضا ، وهذا القدر محل اتفاق بين الفقهاء داخل المذهب المالكي وخارجه (١). إلا أنهم قد اختلفوا كما تقدم في إضافة : « من الثقات وغيرهم » أو « من الثقات » فقط ، أو عدم إضافتهما (٢).

(٤) أن يحلف المشهود له : فلا يقضي القاضي لأحد بالشهادة بالتسامع إلا بعد يمينه ،لاحتمال أن يكون أصل السماع الذي فشا وانتشر منقولا عن واحد ،والشاهد الواحد لابد معه من اليمين في الدعاوى المالية (٣).

الثالث : محالها : أي : المواضع التي تقبل فيها شهادة السماع .

٣٧ ـ سلك فقهاء المالكية بالخصوص ـ لتحديد هذه المحال المروية في المذهب ـ ثلاث طرق :

أحدها : للقاضي عبد الوهاب الذي يروي أنها مختصة بما لا يتغير حاله ، ولا ينتقل الملك فيه ، كالموت ، والنسب ، والوقف ، ونص على قولين في النكاح (٤).

---

(١) مواهب الجليل ١٩٢/٦ ، التاج والإكليل ١٩٢/٦ ، تبصرة الحكام ٣٤٧/١ .

(٢) تبصرة الحكام ٣٤٧/١ ، ٣٤٨ ، التاودي والتسولي على تحفة ابن عاصم ١٣٨/١ .

(٣) تبصرة الحكام ٣٤٨/١ ، التاودي والتسولي على تحفة ابن عاصم ١٣٧/١ .

(١) المغني مع الشرح الكبير ٢٤/١٢ ، تبصرة الحكام ٣٤٨/١، ٣٤٩، مواهب الجليل ١٩١/٦، ١٩٢ .

(٢) انظر : المدونة الكبرى ١٧١/٥ ، البيان والتحصيل ١٥٣/١، ١٥٤ ، جواهر الإكليل ٢٤١/٢ ، الكافي في فقه أهل المدينة ٩٠٣/٢ وما بعدها لابن عبد البر ، مكتبة الرياض الحديثة بالرياض ط ١س ١٣٩٨ هـ = ١٩٧٨ م .

(٣) البهجة شرح التحفة ١٣٨/١، تبصرة الحكام ٣٤٨/١ .

(٤) تهذيب الفروق ١٠١/٤ بهامش الفروق للقرافي .

الثانية : لابن رشد الجد : حكى فيها أربعة أقوال : تقبل في كل شيء ، لاتقبل في شيء ، تقبل في كل شيء ماعدا النسب، والقضاء والنكاح والموت، إذ من شأنها أن تستفيض استفاضة يحصل بها القطع لا الظن ، ورابع الأقوال عكس السابق، لاتقبل إلا في النسب والقضاء، والنكاح والموت [١].

والثالثة : لابن شاس، وابن الحاجب، وجمهور الفقهاء قالوا : إنها تجوز في مسائل معدودة، أوصلها بعضهم إلى عشرين، وبعضهم إلى إحدى وعشرين ، وبعضهم إلى اثنتين وثلاثين وأنهاها أحدهم إلى تسع وأربعين [٢].

منها : النكاح ، والحمل ، والولادة ، والرضاع ، والنسب ، والموت ، والولاء : والحرية ، والأحباس ، والضرر، وتولية القاضي وعزله ، وترشيد السفيه ، والوصية ، وفي الصدقات ، والأحباس التى تقادم أمرها ، وطال زمانها ، وفي الإسلام والردة ، والعدالة ، والتجريح ، والملك للحائز [٣].

(١) البيان والتحصيل ١٠/١٥٣ ، ١٥٤ .
(٢) المصدر السابق ص ١٠١ ، ١٠٢ .
(٣) القوانين الفقهية لابن جزي ص ٢٠٥ دار القلم بيروت ط ١ س ١٩٧٧ م ، تبصرة الحكام ١/٣٤٩ ، الكافي لابن عبد البر ٢/٩٠٣ - ٩٠٦ مواهب الجليل ٦/١٩٢ - ١٩٤ مع التاج والإكليل، تهذيب الفروق ٤/١٠١ - ١٠٢ ، جواهر الإكليل ٢/٢٤٢ ، ٢٤٣ ، التاودي مع =

أما بقية الأئمة فقد أجمعوا على صحة شهادة التسامع في النسب والولادة للضرورة ، قال ابن المنذر : أما النسب ، فلا أعلم أحدا من أهل العلم منع منه ، ولو منع ذلك لاستحالت معرفة الشهادة به ، إذ لاسبيل إلى معرفته قطعا بغيره ولا تمكن المشاهدة فيه ، ولو اعتبرت المشاهدة لما عرف أحد أباه ولا أمه ولا أحدا من أقاربه [١].

واختلفوا فيما وراء ذلك : فقال الحنابلة وبعض أصحاب الشافعي : تجوز - بالإضافة إلى المسألتين الأوليين - في تسعة أشياء : النكاح ، والملك المطلق ، والوقف ومصرفه ، والموت ، والعتق ، والولاء ، والولاية ، والعزل ، معللين رأيهم بأن هذه الأشياء تتعذر الشهادة عليها غالبا بمشاهدتها أو مشاهدة أسبابها ، فلو لم تقبل فيها الشهادة بالتسامع لأدى ذلك إلى الحرج والمشقة ، وتعطيل الأحكام وضياع الحقوق [٢].

ويرى البعض الآخر من أصحاب الشافعي : أنها لاتقبل في الوقف ، والولاء ، والعتق والزوجية ؛ لأن الشهادة ممكنة فيها

= التسولي على تحفة ابن عاصم جـ ١ ص ١٣٢ - ١٣٧ .
(١) المغني مع الشرح الكبير ٢/٢٤ .
(٢) المغني مع الشرح الكبير ١٢/٢٤ .

بالقطع حيث أنها شهادة على عقد كبقية العقود [١].

وقال أبو حنيفة : لاتصح إلا في النكاح والموت والنسب ، ولاتقبل في الملك المطلق ، لأن الشهادة فيه لاتخرج عن كونها شهادة بمال ، وما دام الأمر كذلك فهو شبيه بالدَّين ، والدَّين لاتقبل فيه شهادة السماع ، وأما صاحباه فقد نصا على قبولها في الولاء مثل عكرمة مولى ابن عباس [٢].

شهادة التوسم :

٣٨ - قال ابن فرحون : التوسم مأخوذ من الوسم وهو التأثير بحديدة في جلد البعير يكون علامة يستدل بها . قال ابن حبيب في الواضحة قال لي مطرف وابن الماجشون : في القوافل والرفاق تمر بأمهات القرى والمدائن فتقع بينهم الخصومة عند حاكم القرية أو المدينة التى حلوا بها ، أو مروا بها ، فإن مالكا وجميع أصحابه أجازوا شهادة من شهد منهم لبعضهم على بعض ، ممن جمعه ذلك السفر ، ووجهة تلك المرافقة وان لم يعرفوا بعدالة ولا سخطة إلا على التوسم لهم بالحرية والعدالة وذلك فيما وقع بينهم من المعاملات في ذلك السفر خاصة من الأسلاف والأكرية ، والبيوع ، والأشربة ، كانوا من أهل بلد واحد ، أو من أهل بلدين متى كان المشهود عليه والمشهود له من أهل القرية ، أو المدينة التى اختصموا فيها ، أو معروفا من غيرها إذا كان ممن جمعه وإياهم ذلك السفر ، وكذلك تجوز شهادة بعضهم لبعض على كريِّهم في كل ماعملوه به وفيه وعليه في ذلك السفر قالا (أي : مطرف وابن الماجشون) : وإنما أجيزت شهادة التوسم على وجه الاضطرار مثل ما أجيزت شهادة النساء وحدهن فيما لايحضره الرجال ، ومثل ما أجيزت شهادة الصبيان بينهم في الجراحات . قالا : ولا تجوز شهادة التوسم في كل حق كان ثابتا في دعواهم قبل سفرهم ، إلا بالمعرفة والعدالة .

قال ابن الماجشون : ولا يمكن المشهود عليه من تجريح هؤلاء الشهود ، لأنهم إنما أجيزوا على التوسم فليس فيهم جرحة إلا أن يستريب الحاكم فيهم قبل حكمه بشهادتهم بسبب قطع يد ، أو جلد في ظهر فلْيتثبت في توسمه ، فإن ظهر له انتفاء تلك الريبة ، وإلا أسقطهم . قال : ولو شهد شاهد وامرأة ، أو عدل ، وتوسم فيهم أن هؤلاء الذين قبلوا بالتوسم عبيد أو مسخوطون ، فإن كان قبل الحكم تثبت في ذلك : وإن كان بعد الحكم بهم فلا يرد شيء من ذلك إلا

---

(١) نفس المصدر السابق .

(٢) بدائع الصنائع ٢٦٦/٦ ، ٢٦٧ ، المغني مع الشرح الكبير ٢٤/١٢ .

أن يشهد عدلان : أنهما كانا عبدين أو مسخوطين قال : ولا يقبل بعضهم على بعض في سرقة ، ولا زنا ، ولا غصب ، ولا تلصص ، ولا مشاتمة ، وإنما أجيزت في المال في السفر للضرورة .

قال ابن الفرس في أحكام القرآن ، وحكى ابن حبيب ذلك يعنى شهادة التوسم عن مالك وأصحابه ، وهو خلاف ظاهر قول ابن القاسم ، وروايته عن مالك أنه ، لم يجز شهادة الغرباء دون أن تعرف عدالتهم . انتهى .

ثم قال ابن فرحون : ويمكن الجمع بينهما أن الذى رواه ابن القاسم في الغرباء حيث لاتكون ضرورة مثل شهادتهم في الحضر [١].

أخذ الأجرة على الشهادة :

٣٩ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أنه : لايحل للشاهد أخذ الأجرة على أدائه الشهادة إذا تعينت عليه [٢] ؛ لأن إقامتها فرض ، قال تعالى : ﴿ وأقيموا الشهادة لله ﴾ [٣].

أما إذا لم تتعين عليه ، وكان محتاجا ، وكان أداؤها يستدعي ترك عمله وتحمل

(١) تبصرة الحكام ٢/ ٥ - ٦ .

(٢) الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ١٢/ ٦ ، الشرح الكبير ١٢/ ٥ ، المغني ١٢/ ٩ ، أدب القضاء لابن أبي الدم الشافعي ٢/ ٤ .

(٣) سورة الطلاق / ٢ .

المشقة ، فذهب جمهور الفقهاء إلى : عدم جواز أخذ الأجرة عليها ، لكن له أجرة الركوب إلى موضع الأداء [١]. قال تعالى : ﴿ ولايضار كاتب ولاشهيد ﴾ [٢].

وذهب بعض الشافعية والحنابلة إلى : الجواز ؛ وذلك لأن إنفاق الإنسان على عياله فرض عين ، والشهادة فرض كفاية ، فلا يشتغل عن فرض العين بفرض الكفاية ، فإذا أخذ الرزق جمع بين الأمرين . ولأن الشهادة وهي لم تتعين عليه يجوز أن يأخذ عليها أجرة كما يجوز على كتب الوثيقة [٣].

تعديل الشهود :

٤٠ - لاخلاف بين الفقهاء في اشتراط العدالة في الشاهد ، ولا في اعتبار العدالة الحقيقية الحاصلة بالسؤال والتزكية ، ولكن اختلفوا في الاكتفاء بالعدالة الظاهرة [٤].

وفي تفصيل ذلك ينظر مصطلح : (تزكية) .

تحليف الشاهد اليمين :

٤١ - قال ابن القيم : حكي عن ابن وضاح ، وقاضي الجماعة بقرطبة ، وهو محمد بن بشر : لأنه حلف شهودا في تركة «بالله أن ماشهدوا به

(١) المراجع المذكورة ، والدر المختار ٤/ ٣٧٠ ، وحاشية الدسوقي ٤/ ١٩٩ ، والشرح الصغير ٤/ ٢٨٥ .

(٢) سورة البقرة / ٢٨٢ .

(٣) المغني ١٢/ ١٩ ، والمهذب ٢/ ٣٢٥ .

(٤) الهداية ٣/ ١١٨ ، فتح القدير ٦/ ١٢ ، الفتاوى الهندية ٣/ ٥٢٧ .

لحق». وعن ابن وضاح أنه قال: أرى لفساد الناس أن يحلّف الحاكم الشهود .

قال ابن القيم: وهذا ليس ببعيد . وقد شرع الله سبحانه تحليف الشاهدين إذا كانا من غير أهل الملة على الوصية في السفر وكذا قال ابن عباس بتحليف المرأة إذا شهدت في الرضاع وهو إحدى الروايتين عن أحمد .

قال القاضي: لا يحلّف الشاهد على أصلنا إلا في موضعين وذكر هذين الموضعين ، ثم قال : قال شيخنا (يعني ابن تيمية) هذان الموضعان قبل فيهما الكافر والمرأة وحدها للضرورة ، فقياسه أن كل من قبلت شهادته للضرورة استحلف (قال ابن القيم): وإذا كان للحاكم أن يفرق الشهود إذا ارتاب بهم فأولى أن يحلفهم إذا ارتاب بهم [١] .

الشهادة على الشهادة :

٤٢ - قد لايستطيع الشاهد المقبول الشهادة أن يؤدي الشهادة بنفسه أمام القضاء ، لسفر ، أو مرض ، أو عذر من الأعذار ، فَيُشْهِد على شهادته شاهدين تتوفر فيهما الصفات التي تؤهلهما للشهادة ، ويطلب منهما تحملها والإدلاء بها أمام القضاء ، فيقوم هذان الشاهدان مقامه ، في نقل تلك الشهادة إلى مجلس القضاء بلفظها

(١) الطرق الحكمية ص ١٢٥ .

المخصوص في التحمل والأداء ، لأن الحاجة تدعو إلى ذلك فلا تقبل الشهادة على الشهادة إلا عند تعذر شهود الأصل باتفاق الفقهاء .

ويشترط الشافعية والحنابلة دوام تعذر شهود الأصل إلى حين صدور الحكم ، فمتى أمكنت شهادة الأصول قبل الحكم وقف الحكم على سماعها ، ولو بعد سماع شهادة الفروع ، لأنه قدر على الأصل فلا يجوز الحكم بالبدل .

ومما يجيز للشاهد أن يشهد على شهادته أن يخاف الموت فيضيع الحق .

هذا على وجه العموم ، وإن كانت آراء الفقهاء متباينة فيما يجوز من الشهادة على الشهادة وما لايجوز .

فقد ذهب مالك ، وأبو ثور ، وهو أحد قولي الشافعي : إلى أن الشهادة على الشهادة جائزة في سائر الأمور مالا أو عقوبة [١] .

وذهب الحنفية والحنابلة إلى أنها :جائزة في كل حق لايسقط بشبهة ، فلا تقبل فيما يندرىء بالشبهات كالحدود والقصاص [٢] .

قال الحنفية وإنما قلنا بذلك استحسانا .

وجه القياس أنها عبادة بدنية وليست حقا

(١) المدونة الكبرى ١٥٩/٥ ، تبصرة الحكام (على هامش فتح العلي المالك) ٣٥٣/١ ، والمهذب ٣٣٩/٢، ومنتهى الإرادات ٥٦٠/٣ .

(٢) الهداية ١٢٩/٣، ١٣٠، الفتاوى الهندية ٥٢٣/٣ ، المغني ٨٧/١٢، الشرح الكبير ١٠٢/١٢ .

للمشهود له والنيابة لاتجزىء في العبادة البدنية ، ووجه الاستحسان أن الحاجة ماسة إليها، إذ شاهد الأصل قد يعجز عن أداء الشهادة لمرض أو موت أو بعد مسافة ، فلو لم تجز الشهادة على الشهادة أدى إلى ضياع الحقوق ، وصار ككتاب القاضي إلى القاضي [(١)].

وذهب الشافعية إلى : جواز تحمل الشهادة على الشهادة وأدائها ، وإلى قبول الشهادة على الشهادة لعموم قوله تعالى : ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم ﴾ ولأن الحاجة تدعو إليها؛ لأن الأصل قد يتعذر، ولأن الشهادة حق لازم، فيشهد عليها كسائر الحقوق، ولأنها طريق يظهر الحق كالإقرار فيشهد عليها، لكنها إنما تقبل في غير عقوبة مستحقة لله تعالى، وغير إحصان ، كالأقارير ، والعقود، والنسوخ، والرضاع، والولادة، وعيوب النساء . سواء في ذلك حق الآدمي وحق الله تعالى كالزكاة ، وتقبل في إثبات عقوبة الآدمي على المذهب كالقصاص، وحد القذف . أما العقوبة المستحقة لله تعالى كالزنى ،وشرب الخمر، فلا تقبل فيها الشهادة على الشهادة على الأظهر [(٢)].

(١) تبيين الحقائق ٤/٢٣٨ .

(٢) مغني المحتاج ٤/٤٥٢، ٤٥٣، وانظر مختصر المزني ٥/٢٥٨ ، المهذب ٢/٣٣٨، مغني المحتاج ٤/٤٥٣ .

٤٦ ـ وذهب جمهور الفقهاء إلى أنه : إذا شهد شاهد واحد على شهادة أحد الشاهدين ، وشهد آخر على شهادة الشاهد الثاني، لم يجز ذلك ، لأنه إثبات قول بشهادة واحد . خلافا للحنابلة فإنهم يجوزون الشهادة على هذه الصورة [(١)].

وإن شهد شاهدان على شهادة شاهد، ثم شهدا على شهادة الشاهد الثاني في القضية نفسها ، فقد ذهب الحنفية والحنابلة ـ وهو قول عند الشافعية ـ إلى جواز ذلك [(٢)]. مستدلين بقول علي ـ رضي الله تعالى عنه ـ : « لا يجوز على شهادة رجل إلا شهادة رجلين » [(٣)].

والقول الثاني : عند الشافعية : أنه يشترط لكل من الأصلين اثنان ، لأن شهادتهما على واحد قائمة مقام شهادته ، فلا تقوم مقام شهادة غيره .

٤٣ ـ ولايصح تحمل شهادة مردود الشهادة ؛ لسقوطها .

(١) المهذب ٢/٣٣٨، شرح منتهى الإرادات ٣/٥٦٠، وتبيين الحقائق للزيلعي ٤/٢٣٧ ، ٢٣٨ ، تبصرة الحكام ١/٢٨٢ .

(٢) الهداية ٣/١٣٠ ، المبسوط ١٦/١٣٨ ، فتاوى قاضيخان (مطبوعة على هامش الفتاوى الهندية) ٢/٤٨٥ ، المغني ١٢/٩٥-٩٦ .

(٣) قول علي رواه عبد الرازق في المصنف (المصنف : ٨/٣٣٩ الحديث . ١٥٤٥) وانظره في نصب الراية ٤/٨٧ والدراية ٢/١٧٣ ، ضمن تخريج الحديث ٨٣٥ .

وذهب الحنفية والشافعية إلى أنه : لايصح تحمل النسوة للشهادة على الشهادة ؛ لأن شهادة الفرع تثبت الأصل لا ما شهد به ، ولأن التحمل ليس بمال ولا المقصود منه المال ، وهو مما يطلع عليه الرجال فلم يقبل فيه شهادة النساء كالنكاح .

وذهب المالكية إلى جواز شهادة النساء على شهادة غيرهن ، فيما تجوز فيه شهادتهن ، إن كان معهن رجل ، ومنع من ذلك أشهب، وعبد الملك مطلقا ، وأجاز أصبغ نقل امرأتين عن امرأتين فيما ينفردن به . قال ابن رشد : وقال ابن القاسم : لايجزىء في ذلك إلا رجل وامرأتان ، ولا تجزىء فيه النساء ، ولا تجوز شهادة النساء على شهادة رجل ، ولو كن ألفا ، إلا مع رجل ؛ لأن الشهادة لاتثبت إلا برجلين أو رجل وامرأتين .

وذهب الحنابلة : إلى صحة شهادة النساء ، حيث يقبلن في أصل وفرع ، وفرع فرع ، لأن المقصود إثبات مايشهد به الأصول فدخل فيه النساء ، فيقبل رجلان على رجل واحد وامرأتين ، ويقبل رجل وامرأتان على مثلهم أو رجلين أصلين أو فرعين في المال وما يقصد به ، وتقبل امرأة على امرأة فيما تقبل فيه المرأة [1] .

٤٨ - وإذا فسق الشاهد الأصيل أو ارتد ، أو نشأت عنده عداوة للمشهود عليه امتنع القاضي من قبول شهادة الفرع ، لسقوط شهادة الأصل [1] . ولو حدث الفسق أو الردة بعد الشهادة وقبل الحكم امتنع الحكم .

الاسترعاء في الشهادة على الشهادة :

٤٤ - ذهب الفقهاء إلى أنه يشترط الاسترعاء في الشهادة على الشهادة ، والاسترعاء هو : طلب الحفظ ، أي : بأن يقول شاهد الأصل لشاهد الفرع : اشهد على شهادتي واحفظها ، فللفرع ولمن سمعه يقول ذلك ، أن يشهد على شهادته ولو لم يخصه بالاسترعاء ، واستثنوا من ذلك ما إذا سمع شاهد الفرع الأصل شهادة الشاهد الأصل أمام القاضي ، فإنه يجوز له أن يشهد على شهادته وإن لم يسترعه .

واستثنى الشافعية والحنابلة أيضا ما إذا سمع الفرع الأصل يذكر سبب الحق بأن يقول : أشهد أن لفلان على فلان ألفا من ثمن مبيع أو كقرض أو غير ذلك .

---

(١) تبيين الحقائق ٢/٢٣٨ ، مغني المحتاج ٤/٤٥٤،=

= المهذب ٢/٣٨٨، تبصرة الحكام ١/٢٨٣ ط : دار الكتب العلمية - لبنان، وشرح منتهى الإرادات ٣/٥٦٠، ٥٦١ .

(١) انظر المبسوط ١٦/١٣٩ ، الفتاوى الهندية ٣/٥٢٥، وفتاوى قاضيخان ٢/٤٨٥ ، الفتاوى البزازية (على هامش الفتاوى الهندية) ٥/٢٩٥، تبصرة الحكام ١/٣٥٤، ومغني المحتاج ٤/٤٥٤، وشرح منتهى الإرادات ٣/٥٦٠ .

وذهب الحنفية إلى عدم اشتراطه ، لأن من سمع اقرار غيره حلّ له الشهادة وإن لم يقل له اشهد [١] .

٤٥ - ويؤدى شاهد الفرع شهادته على الصفة التى تحملها من غير زيادة ولا نقص ، فإن سمعه يشهد بحق مضاف إلى سبب يوجب الحق ذكره ، وإن سمعه يشهد عند الحاكم ذكره ،وإن أشهده شاهد الأصل على شهادته أو استرعاه ، قال : أشهد أن فلانا يشهد أن لفلان على فلان كذا وأشهدني على شهادته وهكذا .

ولايشترط أن يقوم شاهد الفرع بتعديل شاهد الأصل ، ويقوم القاضي بالبحث عن العدالة ، فإن عدله الفرع وهو أهل للتعديل جاز ذلك .

وذهب محمد بن الحسن، إلى أنه لا تقبل شهادة الفرع مالم يعدل شاهد الأصل ، فإذا لم يعرف عدالته لم ينقل الشهادة عنه [٢] .

وإن أنكر شهود الأصل الشهادة لم تقبل شهادة شهود الفرع ، لأن التحميل لم يثبت ، للتعارض بين الخبرين [٣] .

(١) الهداية ٢/١٣٠ ، والمهذب ٢/٣٣٩، وتبصرة الحكام ٣٥٣/١ .

(٢) الهداية ٣/١٣١، وتبيين الحقائق ٤/٢٤٠، وتبصرة الحكام ٢٨٣/١ ، ومغني المحتاج ٤٥٦/٤، وشرح منتهى الإرادات ٣/٥٦٠ .

(٣) الهداية ٣/١٣١، الفتاوى الهندية ٣/٥٢٥، وشرح منتهى الإرادات ٥٦١/٣ .

٤٦ - أجاز المالكية القضاء بشهادة الاسترعاء على بعض التصرفات التى يقوم بها الإنسان اضطرارا ، كالطلاق والوقف والهبة ، والتزويج ونحو ذلك ، وصورتها أن يكتب المسترعى كتابا سراً ، بأنه إنما يفعل هذا التصرف لأمر يتخوفه على نفسه ، أو ماله ، وأنه يرجع فيما عقد عند أمنه مما يتخوفه ويشهد على ذلك شهود الاسترعاء [١] . وقد أورد صاحب تبصرة الحكام أمثلة لما يقوله المسترعي ، في وثيقة الاسترعاء فيما تجوز فيه شهادة الاسترعاء . فقال نقلا عن ابن العطار : يصدق المسترعى في الحبس (يعنى الوقف) فيما يذكره من الوجوه التى يتوقعها ويكتب في ذلك : « أشهد فلان شهود هذا الكتاب بشهادة استرعاء ، واستخفاء للشهادة : أنه متى عقد في داره بموضع كذا تحبيسا على بنيه أو على أحد من الناس فإنما يفعله لأمر يتوقعه على نفسه ، أو على ماله المذكور، وليمسكه على نفسه ويرجع فيما عقد فيه عند أمنه مما تخوفه ، وأنه لم يرد بما عقده فيه وجه القربة ، ولا وجه الحبس بل لما يخشاه وأنه غير ملتزم لما يعقده فيه من التحبيس وأشهد عليه بذلك في تاريخ كذا وكذا [٢] .

(١) تبصرة الحكام ٢/٢ .

(٢) المصدر السابق .

ومما ذكروه أيضا أنه إذا خطب من هو قاهر لشخص بعض بناته فأنكحه المخطوب اليه ، وأشهد شهود الاسترعاء سرا : أنى إنما أفعله خوفا منه وهو ممن يخاف عداوته .

وأنه إن شاء اختارها لنفسه لغير نكاح فأنكحه على ذلك فهو نكاح مفسوخ أبدا .

وإذا بنى ظالم أو من يخاف شرّه غرفة محدثة بإزاء دار رجل وفتح بابا يطلع منه على ما في داره على وجه الاستطالة لقدرته ، وجاهه ، فيشهد الرجل أن سكوته عنه لخوفه منه على نفسه أن يضرّه أو يؤذيه ، وأنه غير راض بذلك وأنه قائم عليه بحقه متى أمكنه ، وتشهد البيّنة لمعرفتهم وأن المحدث لذلك ممن يتقى شره ، وينفعه ذلك متى قام بطلب حقه [١] .

وفي أحكام ابن سهل : « من له دار بينه وبين أخيه فباع أخوه جميعها ممن يعلم اشتراكهما فيها وله سلطان ، وقدرة ، وخاف ضرره إذا تكلم في ذلك ، فاسترعى أن سكوته عن الكلام في نصيبه وفي الشفعة في نصيب أخيه لما يتوقعه من تحامل المشترى عليه ، وإضراره به ، وأنه غير تارك لطلبه متى أمكنه . فإذا ذهبت التقيّة ، وقام من فوره بهذه الوثيقة أثبتها ، وأثبت الملك ، والاشتراك ، وأعذر إلى أخيه وإلى المشترى ، قضى له بحقه وبالشفعة [١] .

(١) المصدر السابق .

مايجوز الاسترعاء فيه :

٤٧ - قال ابن فرحون من المالكية : يجوز الاسترعاء في التصرفات التى هي من باب التطوع : كالطلاق ، والتحبيس والهبة ، قال المالكية : ولايلزمه أن يفعل شيئا من ذلك ، وإن لم يعلم السبب إلا بقوله ، مثل أن يشهد أني إن طلقت فإنى أطلق خوفاً من أمر أتوقعه من جهة كذا ، أو حلف بالطلاق وكان أشهد أنى إن حلفت بالطلاق فإنما هو لأجل إكراه ونحو ذلك فهذا وما ذكرناه معه لايشترط فيهما معرفة الشهود والسبب المذكور . ولا يجوز الاسترعاء في البيوع مثل أن يشهد قبل البيع أنه راجع في البيع وأن بيعه لأمر يتوقعه ، لأن المبايعة خلاف ماتطوع به . وقد أخذ البائع فيه ثمنا ، وفي ذلك حق للمبتاع إلا أن يعرف الشهود الإكراه على البيع أو الإخافة فيجوز الاسترعاء إذا انعقد قبل البيع وتضمن العقد شهادة من يعرف الإخافة والتوقع الذي ذكره [٢] .

الرجوع عن الشهادة :

٤٨ - ذهب الفقهاء إلى أن الشاهدين إن

(١) المصدر السابق .

(٢) تبصرة الحكام بهامش فتح العلي المالك ١/٣٣٦ ط . المكتبة التجارية الكبرى .

رجعا عن شهادتها ، فلا يخلو رجوعهما أن يكون قبل قضاء القاضي أو بعده ، فإن رجعا عن شهادتها قبل الحكم سقطت شهادتها ، لأن الحق إنما يثبت بالقضاء ، والقاضي لا يقضي بكلام متناقض ، ولا ضمان عليهما ، لأنهما لم يتلفا شيئا على المدعي ، ولا على المدعى عليه .

٤٩ - وإن رجعا بعد الحكم وقبل التنفيذ : فإن كان في حد أوقصاص لم يجز الاستيفاء والتنفيذ ، لأن هذه الحقوق تسقط بالشبهة ، والرجوع شبهة ظاهرة ، فلم يجز الاستيفاء لقيام الشبهة [(١)] .

وإن كان مالا أو عقدا استوفى المال لأن القضاء قد تم ، وليس هذا مما يسقط بالشبهة حتى يتأثر بالرجوع ؛ فلا ينتقض الحكم . وعلى الشهود ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان ، ولايرجعون على المحكوم له [(٢)] .

٥٠ - أما إن رجع الشهود بعد تنفيذ الحكم : فإنه لاينقض الحكم ، ولايجب على المشهود له رد ما أخذه ، لأنه يحتمل أن يكونا

(١) الدر المختار ٤ / ٣٩٦ ، ومنح الجليل ٤/٢٨٨ ، والمغني ١٣٧/١٢ والمهذب ٣٤١/٢ .

(٢) المهذب ٣٤١/٢، ومغني المحتاج ٤٥٦/٤، الهداية ١٣٢/٣ ، والفتاوى الهندية ٥٣٥/٣، الشرح الكبير ١١٣/١٢، الخرشي ٢٢٠/٤، شرح منح الجليل ٢٨٤/٤ ، ٢٨٩ - ٢٩٠ .

صادقين ، ويحتمل أن يكونا كاذبين ، وقد اقترن الحكم والاستيفاء بأحد الاحتمالين ؛ فلا ينقض برجوع محتمل [(١)] ، وعلى الشاهدين أن يضمنا ما أتلفاه بشهادتهما [(٢)] .

فإن كان ماشهدا به يوجب القتل ، أو الحد ، أو القصاص : نظر ، فإن قالا تعمدنا ليقتل بشهادتنا: وجب عليهما القود عند الشافعية والحنابلة وبعض المالكية ، وبه قال ابن أبي ليلى والأوزاعي وأبو عبيد وابن شبرمة [(٣)] .

لما روي الشعبي أن رجلين شهدا عند علي - رضي الله عنه - على رجل أنه سرق فقطعه ، ثم أتياه برجل آخر فقالا : إنّا أخطأنا بالأول ، وهذا السارق ، فأبطل شهادتهما على الآخر ، وضمنهما دية يد الأول ، وقال : لو أعلم أنكما تعمدتما لقطعتكما [(٤)] .

ولأنهما ألجآه إلى قتله بغير حق ، فلزمهما

(١) المهذب ٣٤١/٢ ، المغني ١٣٨/١٢ .

(٢) الهداية ١٣٢/٣ .

(٣) حاشية الدسوقي ٢٠٧/٤ ، المهذب ٣٤١/٢ ، المغني ١٣٦/١٢ ، ١٣٨ ، الشرح الكبير ١١٧/١٢ .

(٤) خبر الشعبي أن رجلين شهدا عند علي . . . رواه الإمام الشافعي (الأم : ٤٩/٧) والطحاوي (اختلاف الفقهاء : ٢١٦) ومحمد بن الحسن في كتاب الرجوع عن الشهادة (المبسوط ١٧٨/١٦) والبيهقي (السنن الكبرى ٢٥١/١٠) .

القود كما لو أكرهاه على قتله [١] .

وذهب الحنفية ، وجمهور المالكية : إلى أنه لاقود عليهما ، لأنهما لم يباشرا الإتلاف ، فأشبها حافر البئر ، وناصب السكين ، إذا تلف بهما شيء ، وعليهما الدية [٢] .

وإن قال الشهود : أخطأنا ، أو جهلنا كانت عليهم الدية في أموالهم مخففة مؤجلة ، ولاتتحمل العاقلة عنهما شيئا ، لأن العاقلة لاتحمل الاعتراف .

وان قالوا : تعمدنا الشهادة ولم نعلم أنه يقتل وهم يجهلون قتله وجبت عليهم دية مغلظة ، لما فيه من العمد ، ومؤجلة لما فيه من الخطأ .

فإن قالوا : أخطأنا، وجبت دية مخففة ، لأنه خطأ ولا تحمله العاقلة لأنها وجبت باعترافهم .

فإن اتفقوا على أن بعضهم تعمد وبعضهم أخطأ وجب على المخطىء قسطه من الدية المخففة ، وعلى المتعمد قسطه من الدية المغلظة ، ولا يجب عليهم القود لمشاركة المخطىء .

(١) المهذب ٣٤١/٢ .
(٢) شرح أدب القاضي للخصاف تأليف ابن مازة ٥٠٨/٤ الفقرة : ١٥٥٩ ، وبدائع الصنائع ٤٠٦٦/٩ ، الفتاوى الهندية ٥٥٥/٣ ، شرح منح الجليل ٢٨٩/٤ ـ ٢٩٠ .

وإن اختلفوا ، فقال بعضهم : تعمدنا كلنا ، وقال بعضهم أخطأنا كلنا ، وجب على المقر بعمد الجميع القود ، وعلى المقر بخطأ الجميع قسطه من الدية المخففة [١] .

رجوع بعض الشهود :

٥١ ـ ذهب جمهور الفقهاء [٢] : إلى أنه إذا رجع أحد الشاهدين بعد الحكم وبعد استيفائه في شهادة نصابها شاهدان ضمن نصف المال أو نصف الدية ، والعبرة لمن بقي لا لمن رجع .

ولو رجع واحد من أصل أربعة شهود في شهادة نصابها شاهدان أيضا ، فلا شيء عليه لبقاء نصاب الشهادة قائما .

وكذا لو رجع اثنان منهم فلا شيء عليهما ، لبقاء النصاب .

ولو رجع ثلاثة منهم فعليهم نصف المال ، لبقاء شاهد واحد ، وهو شطر الشهادة فيتحملون شطر المال .

ولو رجعت امرأة وكان النصاب رجلا وامرأتين غرمت الراجعة ربع المال .

(١) المهذب ٣٤١/٢ .
(٢) بدائع الصنائع ٤٠٧٢/٩ ـ ٤٠٧٣ ، تبيين الحقائق ٢٤٥/٤ ، الفتاوى الهندية ٥٢٥/٣ ، شرح منح الجليل ٢٩٢/٤ ، الخرشي ٢٢١/٤ ، الهداية ١٣٣/٣ ، الجمل على شرح المنهج ٤٠٦/٥ ـ ٤٠٧ ، نهاية المحتاج ٣١٣/٨ .

ولو شهد عشر نسوة ورجل واحد ، فرجع ثمان منهن فلا شيء عليهن ، لبقاء نصاب الشهادة .

ولو رجع تسع منهن غرمن ربع المال . .

وهكــذا . . .

وذهب الحنابلة : إلى أن كل موضع وجب الضمان فيه على الشهود بالرجوع وجب أن يوزع بينهم على عددهم قلوا أو كثروا .

قال الإمام أحمد في رواية إسحاق بن منصور عنه : إنه إذا شهد بشهادة ثم رجع وقد أتلف مالا فإنه ضامن بقدر ماكانوا في الشهادة ، فإن كانوا اثنين فعليه النصف ، وإن كانوا ثلاثة فعليه الثلث ، وعلى هذا لو كانوا عشرة فعليه العشر ، وسواء رجع وحده أو رجعوا جميعا ، وسواء رجع الزائد عن القدر الكافي في الشهادة أو من ليس بزائد ، فلو شهد أربعة بالقصاص ، فرجع واحد منهم ، وقال : عمدنا إلى قتله ، فعليه القصاص ، وإن قال : أخطأنا فعليه ربع الدية ، وإن رجع اثنان فعليهما القصاص ، أونصف الدية .

وإن شهد ستة بالزنى على محصن فرجم بشهادتهم ثم رجع واحد فعليه القصاص أو سدس الدية ، وإن رجع اثنان فعليهما القصاص أو ثلث الدية [1] .

(١) المغني ١٤٤/١٢ ، الشرح الكبير ١٢٠/١٢ .

الاختلاف في الشهادة :

٥٢ ـ الشهادة إذا وافقت الدعوى قبلت ، وإن خالفتها لم تقبل ، لأن تقدم الدعوى في حقوق العباد شرط قبول الشهادة ، وقد وجدت فيما يوافقها وانعدمت فيما يخالفها .

وينبغي اتفاق الشاهدين فيما بينهما لتكمل الشهادة .

فإن شهد أحدهما أنه غصبه دينارا ، وشهد الآخر أنه غصبه ثوبا : فلا تكمل الشهادة على واحد من هذين [1] .

٥٣ - ويعتبر اتفاق الشاهدين في اللفظ والمعنى عند أبي حنيفة .

وذهب صاحباه أبو يوسف ومحمد : إلى أن الاتفاق في المعنى هو المعتبر [2] .

فإن شهد أحد الشاهدين بألف والآخر بألفين لم تقبل الشهادة عنده ، لأنهما اختلفا لفظا ، وذلك يدل على اختلاف المعنى ؛ لأنه يستفاد باللفظ ، وهذا لأن الألف لايعبر به عن الألفين، بل هما جملتان متباينتان فحصل على كل واحد منهما شاهد واحد ، فصار كما إذا اختلف جنس المال [3] .

(١) المغني ١٣١/١٢ .
(٢) الهداية ١٣٦/٣ ، تبيين الحقائق ٢٢٩/٤ ، الفتاوى الهندية ٥٠٣/٣ .
(٣) الهداية ١٣٦/٣ .

وعندهما تقبل على الألف إذا كان المدعي يدعي الألفين .

وهو رأي الشافعية والحنابلة والمالكية [١] .
لأنهما اتفقا على الألف ، وتفرد أحدهما بالزيادة فيثبت ما اجتمعا عليه دون ماتفرد به أحدهما ، فصار كالألف والألف والخمسمائة .

أما إذا شهد أحدهما بألف والآخر بألف وخمسمائة والمدعي يدعي ألفا وخمسمائة: قبلت الشهادة على الألف عند الجميع حتى عند أبي حنيفة لاتفاق الشاهدين عليها لفظا ومعنى ؛ لأن الألف والخمسمائة جملتان عطفت إحداهما على الأخرى والعطف يقرر الأول [٢] .

٥٤ - ومتى كانت الشهادة على فعل فاختلف الشاهدان في زمنه ، أو مكانه ، أو صفة له تدل على تغاير الفعلين لم تكمل شهادتهما .

مثل أن يشهد أحدهما أنه غصبه دينارا يوم السبت ، ويشهد الآخر أنه غصبه دينارا يوم الجمعة ، أو يشهد أحدهما أنه غصبه بدمشق ، ويشهد الآخر أنه غصبه بمصر ، أو يشهد أحدهما أنه غصبه ثوبا أبيض ويشهد الآخر أنه غصبه ثوبا أسود :فلا تكمل

(١) تبصرة الحكام ١/ ٣٤٥، المهذب ٢/ ٣٣٩، والشرح الكبير ١٢/ ٢٦ .
(٢) الهداية ٣/ ١٣٧ .

الشهادة ؛ لأن كل فعل لم يشهد به شاهدان [١] .

تعارض الشهادات :

٥٥ - قد يكون كل من الخصمين مدعيا ويقيم على دعواه بينة (شهادة) كاملة ، فإما أن تكون الدعوى في ملك مطلق أو في ملك مقيد بذكر سبب التملك .

فإن كانتا في ملك مطلق ،لم يذكر فيه سبب التملك ، ولم يبين في الدعوى تاريخا على ما ذكره الحنفية ،فإما أن يكون الشيء المدعى به في يد أحدهما أو في يد غيرهما أو في يدهما معا .

٥٦ - أ - فإن كان الشيء في يد أحدهما :
فبينة الخارج أولى من بينة ذي اليد [٢] عند الحنفية وهي الرواية المشهورة عن أحمد [٣] لقوله ﷺ : « البينة على المدعي واليمين على المدعى عليه » [٤] .

ولأن المدعي هو الذي يدعي مافي يد غيره وذو اليد مدعى عليه ، فجعل جنس البينة

(١) المغني ١٢/ ١٣١ .
(٢) ذو اليد : هو الذى وضع يده على عين بالفعل أو الذى ثبت تصرفه تصرف الملاك . والخارج هنا هو المدعي ، أو هو البريء عن وضع اليد ، والتصرف على الوجه المشروع - كما في المجلة . (م ١٧٥٧) .
(٣) الهداية ٣/ ١٥٧، الاختيار لتعليل المختار ٢/ ١١٦، ١١٧ ، ومجلة الأحكام العدلية المادة (١٧٥٧ و ١٦٧٩ ، ١٦٨٠)، المغني ١٢/ ١٦٧ ، ١٦٨ .
(٤) الحديث تقدم تخريجه ف ٦ .

في جانب المدعي ، وهو الذي يدعي مافي يد غيره ، وهو الخارج ، فتقبل بينته وترد بينة اليد ، ولأنها أكثر إثباتا ، لأنها تثبت الملك للخارج ، وبينة ذي اليد لاتثبته ، لأن الملك ثابت له باليد ، وإذا كانت أكثر إثباتا كانت أقوى .

وذهب المالكية [(١)] والشافعية [(٢)] : إلى ترجيح بينة ذي اليد ، لأن البينتين متعارضتان ، فتبقى اليد دليلا على الملك ، ودليلهم على ذلك ماروي: أن النبي ﷺ اختصم إليه رجلان في دابة أوبعير ، فأقام كل واحد منهما البينة بأنها له نتجها ، فقضى بها رسول الله ﷺ للذي هي في يده [(٣)].

٥٧ - ب - أما إذا كان الشيء في يد غيرهما :

فقد ذهب الحنفية [(٤)] إلى أنه ينظر : إن لم يؤرخا وقتا : قضي بالشيء بينهما نصفين لاستوائهما في السبب ، وكذا إذا أرخا وقتا بعينه . وإذا أرخت إحداهما تاريخا أسبق من الثانية : فالأسبق أولى ، لانهما يعتبران خارجين ، لوجودها عند غيرهما ، فينطبق عليها وصف (المدعي) فتسمع بينتهما ، ويحكم للأسبق ؛ لأن الأسبق يثبت الملكية في وقت لاينازعه فيه أحد .

وذهب المالكية إلى أنه : إن تعذر ترجيح إحدى البينتين بوجه من المرجحات ،والحال ؛ أن المتنازع فيه في يد غيرهما : سقطتا ؛ لتعارضهما ، وبقي المتنازع فيه بيد حائزه . وفي ذلك صور متعددة [(١)] .

وذهب الشافعية : إلى أنه إذا ادعى كل منهما عينا وهي في يد ثالث ، وهو منكر ولم ينسبها لأحدهما ، وأقام كل منهما بينة ، وكانتا مطلقتي التاريخ أو متفقتيه ، أو إحداهما مطلقة والأخرى مؤرخة : سقطت البينتان ، لتناقض موجبيهما ولا مرجح ، ويحلف صاحب اليد لكل منهما يمينا .

وفي قول : تستعمل البينتان ، وتنزع العين ممن هي في يده ، وعلى هذا تقسم بين المدعيين مناصفة في قول ، وفي قول آخر يقرع بينهما ، ويرجح من خرجت قرعته .

وفي قول ثالث : توقف حتى يبين الأمر أو يصطلحا على شيء [(٢)] .

وذهب الحنابلة : إلى أنه إن أنكر الثالث

---

(١) تبصرة الحكام ١/٣٠٩ ، والشرح الصغير ٤/٣٠٧ ، والمغني ١٢/١٦٨ .

(٢) المهذب ٢/٣١٢، مختصر المزني ٥/٢٦١ .

(٣) حديث « أن النبي ﷺ اختصم اليه رجلان في دابة أو بعير . . » .
أخرجه الدارقطني (٤/٢٠٩ - ط دار المحاسن) من حديث جابر ، وضعف إسناده ابن حجر في التلخيص (٤/٢١٠ - ط شركة الطباعة الفنية) .

(٤) الاختيار ٢/١١٨ .

(١) الشرح الصغير ٤/٣٠٩ .

(٢) مغني المحتاج ٤/٤٨٠ .

دعوى المدعيين ، فقال : ليست لهما ولا لأحدهما : أقرع بين المدعيين ، وإن كان لأحدهما بينة : حكم له بها ، وإن كان لكل من المدعيين بينة : تعارضتا لتساويهما في عدم اليد ، فتسقطان لعدم إمكان العمل بإحداهما [1] .

٥٨ - ج - أما إذا كان الشيء في يدهما معا :

فقد ذهب الحنفية [2] إلى التفصيل :

فإن لم تؤرخا تاريخا ، وكذا إذا أرختا تاريخا معينا وكان تاريخهما سواء : قضي لكل واحد منهما بالنصف الذي في يد الآخر ، لأن كل واحد بالنسبة لهذا النصف خارج فهو مدع والبينة للمدعي .

وإن أرخت إحداهما دون الأخرى: قضي بينهما نصفين عند أبي حنيفة ومحمد، ولاعبرة بالتاريخ للاحتمال ، وعند أبي يوسف هو لصاحب التاريخ .

وذهب الشافعية [3] : إلى بقاء العين في أيديهما كما كانت على الصحيح ، وهو تساقط البينتين ، إذ ليس أحدهما بأولى بها من الآخر ، وقيل : تجعل بينهما على قول القسمة ، ولايجيء القول بالوقف ، إذ لا معنى له ، وفي القرعة وجهان .

وذهب الحنابلة : إلى أن المتنازعين إن كان لكل منهما بينة وتساوت البينتان من كل وجه : تعارضتا وتساقطتا ؛ لأن كلا منهما تنفي ماتثبته الأخرى ، فلا يمكن العمل بهما ، ولا بإحداهما فتتساقطان ، ويصير المتنازعان كمن لابينة له ، فيتحالفان ، ويتناصفان ما بأيديهما [1] .

وذهب بعض المالكية : إلى ترجيح إحداهما بزيادة العدالة في البينة الأصلية لا المزكية، وفي رأي بعضهم ترجح بزيادة العدد إذا أفادت الكثرة العلم، بحيث تكون الكثرة جمعا يستحيل تواطؤهم على الكذب .

٥٩ - وإن كانتا في ملك مقيد بسببه :

وذلك بأن يذكر الملك عن طريق الإرث مثلا أو عن طريق الشراء أو النتاج .

ففي الإرث يقضى به للخارج ، إلا إذا كانت إحداهما أسبق ، فيقضى به للأسبق .

أما إذا كانا خارجين، بأن كان الشيء عند غيرهما : فيقسم الشيء بينهما، أو يقضى به للأسبق إذا ذكرا تاريخا .

وفي الشراء : إذا ادعى كل واحد منهما

(١) شرح منتهى الإرادات ٣/٥٢٦ ، ٥٢٧ .
(٢) الاختيار ٢/١١٨ .
(٣) انظر المصادر السابقة وانظر نهاية المحتاج ٨/٣٣٩ ، ومغني المحتاج ٤/٤٨٠ .

(١) شرح منتهى الإرادات ٣/٥٢٣ .

الشراء من صاحبه ولا تاريخ لهما ، وكذا إن أرخا وتاريخهما سواء ، تعارضتا وسقطتا ، ويترك الشيء للذي في يده [١] .

أما إذا كان أحدهما أسبق : فإنه يقضى له ، وإذا ادعيا الشراء من شخص آخر يقضى لهما بالشيء نصفين .

وفي النتاج : بأن يذكر أن هذه الناقة نتجت عنده ، أي : ولدت في ملكه ، فيكون صاحب اليد أولى إذا لم يؤرخا ، أو أرخا وقتا واحدا ، لأن النتاج لا يتكرر .

لما روي : أن رجلين اختصما في ناقة ، فقال كل واحد منهما : نتجت هذه الناقة عندي وأقاما بينة فقضى رسول الله ﷺ للذي هي في يده [٢] .

أما ما يتكرر سببه ، كالبناء ، والنسج ، والصنع ، والغرس : فبينة الخارج أولى .

أما إذا ذكر أحدهما الملك والآخر النتاج : فبينة النتاج أولى لأنها تثبت أولية الملك لصاحبه .

(١) تبصرة الحكام ٣٠٩/١ .

(٢) حديث أن رجلين اختصما في ناقة . . . رواه الدارقطني من حديث جابر (سنن الدارقطني ٢٠٩/٤ الحديث ٢١) والبيهقي (السنن الكبرى ٢٥٦/١٠) . وانظر الدر المختار ورد المحتار (٤٣٨/٤ - ٤٤٠) ، ومجلة الأحكام العدلية المادة ١٧٥٨ وما بعدها ، والشرح الصغير ٣٠٥/٤ ، ٣٠٦ ، وانظر نهاية المحتاج ٣٣٩/٨ ، ومصطلح (تعارض ف : ٩) والمغني ١٨٧/١٢ .

وجاء في مجلة الأحكام العدلية مايلي :

أ - إذا ادعى أحد الشخصين الملك بالاستقلال وادعى الآخر الملك بالاشتراك في مال ، والحال أن كلا منهما متصرف أي ذو يد : فبينة الاستقلال أولى .

ب - ترجح بينة التمليك على بينة العارية .

ج - ترجح بينة البيع على بينة الهبة والرهن والإجارة وترجح بينة الإجارة على بينة الرهن .

د - ترجح بينة الصحة على بينة مرض الموت . .

هـ - ترجح بينة العقل على بينة الجنون أو العته .

و - ترجح بينة الحدوث على بينة القدم [١] .

كثرة العدد وقوة عدالة الشاهد :

٦٠ - إذا أقام كل واحد من المتداعيين بينة على ما ادعاه ولم يكن بين البينتين من المرجحات سوى كثرة احداهما على الأخرى بأن كانت الأولى عشرة شهود وكانت الثانية شاهدين فقط ، أو ترجحت إحداهما بزيادة العدالة بأن كانت أظهر زهدا وأوفر تحرجا من الأخرى .

(١) انظر مجلة الأحكام العدلية (المادة ١٧٥٦ ومابعدها) .

فهل تترجح إحداهما على الأخرى ؟ .

ذهب بعض الفقهاء من المالكية [1] إلى ترجيحها بزيادة العدد وقوة العدالة .

وذهب الحنفية [2] والحنابلة، وهو المذهب عند الشافعية [3]، وقول جمهور المالكية [4]: إلى أنه لا يغلب الحكم بالبينة الزائدة في العدد والعدالة وإنما هما سواء ، لأن الله تعالى نص على عدد الشهادة بقوله : ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ [5] .

وبقوله : ﴿ وأشهدوا ذوى عدل منكم ﴾ [6] .

فمنع النص من الاجتهاد في الزيادة والنقصان ، ولأنه لما جاز الاقتصار على الشاهدين مع وجود من هو أكثر ، وعلى قبول العدل مع من هو أعدل ، دل على أنه لاتأثير لزيادة العدد وقوة العدالة [7] .

(١) انظر حاشية الدسوقي ١٧٧/٤ ، وتبصرة الحكام ٣٠٩/١ .

(٢) الهداية ١٧٣/٣ ، نتائج الأفكار (تكملة فتح االقدير) ٢٤٣/٦ ، والدر المختار ٤٤٠/٤ ، والمغني ١٧٦/١٢ .

(٣) مختصر المزني : ٢٦١/٥ ، الأم ٢٥١/٦ - ٢٥٢ ، الشهادات من الحاوي للماوردي الفقرة ٥٠٤٤ - ٥٠٤٥.

(٤) المدونة الكبرى ١٨٨/٥ ، تبصرة الحكام ٣٠٩/١

(٥) سورة البقرة /٢٨٢ .

(٦) سورة الطلاق /٢ .

(٧) الشهادات من الحاوي للماوردي الفقرة : ٥٠٥٠ .

شهادة الأبداد :

٦١ - الأبداد : هم المتفرقون ، واحدهم بدّ ، من التبديد ، لأن الشهود شهدوا في ذلك متفرقين ، واحد هنا وآخر في موضع آخر ، وواحد اليوم وواحد غدا ، وواحد على معنى ، وواحد على معنى أخر .

قال المالكية : الذين انفردوا ببيان أحكام هذه الشهادة : تجوز شهادة الأبداد في النكاح ، وهي أن لا يجتمع الشهود على شهادة الولي والزوج ، بل إنما عقدوا وتفرقوا ، وقال كل واحد لصاحبه : (أشهد من لقيت) هكذا فسروه بناء على المشهور من المذهب ، أن الشهادة ليست شرطا في صحة العقد .

فتتم عندهم بشهادة ستة شهود : منهم اثنان على الولي ، واثنان على الزوج ، واثنان على الزوجة إن كانت ثيبا ، وفي البكر ذات الأب تتم بأربعة : منهم شاهدان على الزوج وشاهدان على الولي .

وأما إن أشهد كل واحد منهم الشهود الذين أشهدهم صاحبه مرة بعد مرة فليست شهادة أبداد .

قال ابن الهندي : شهادة الأبداد لاتعمل شيئا ، إذا شهد كل واحد منهم بغير نصٍّ ماشهد به صاحبه ، وإن كان معنى جميع

شهاداتهم واحدا ، حتى يتفق منهم شاهدان على نص واحـد .

لكن في المـذهب خلاف فيما قاله ابن الهندي ، ففي أحكام ابن سهل سُئل مالك عن شاهدين شهد أحدهما في منزل أنه مسكن هذا ، وشهد آخر أنه حيزه ، فقال خصمه : قد اختلفت شهادتهما . فقال مالك : مسكنه وحيزه شهادة واحدة لا تفترق [١] .

شهادة الاستخفاء أو الاستغفال :

٦٢ ـ المستخفي هو الذي يخفي نفسه عن المشهود عليه ليسمع قراره ولا يعلم به ، كأن يجحد الحق علانية ويقر به سرا ، فيختبيء شاهدان في موضع لايعلم بهما المقر ليسمعا إقراره ، وليشهدا به من بعد ، فشهادتهما مقبولة عند جمهور الفقهاء ورواية عن أحمد . وقيده المالكية بما إذا كان المشهود عليه غير مخدوع ولا خائن لأن الحاجة تدعو إليه .

وذهب بعضهم وهي الرواية الثانية عن أحمد : إلى أنه لاتسمع شهادة المستخفي [٢] ؛ لأن الله تعالى يقول : ﴿ ولاتجسسوا ﴾ [٣] .

---

(١) تبصرة الحكام بهامش فتح العلي المالك ١/٣٣٨ .

(٢) الشرح الكبير ١٢/١٨ ، المغني ١٢/١٠١ ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ١٢/٢٢ ، روضة الطالبين للنووي ١١/٢٤٣ ، تبصرة الحكام ١/٣٧٨ وسماها(شهادة الاستغفال) البيان والتحصيل ١٠/٥٦ .

(٣) سورة الحجرات /١٢ .

شهادة الـزور :

٦٣ ـ شهادة الزور من الكبائر [١] . ولايجوز العمل بها ولا تقبل شهادته فيما بعد لحديث أبي بكـرة قال : قال النبي ﷺ : « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر (ثلاثا) قالوا : بلى يارسول الله . قال : الإشراك بالله ، وعقوق الوالدين ـ وجلس وكان متكئا ـ فقال : ألا وقول الزور . قال : فما زال يكررها حتى قلنا : ليته سكت » [٢] .

ولأن فيها رفع العدل ، وتحقيق الجور .

فإذا أقر شخص أنه شهد بزور أو قامت البينة على ذلك ، قال أبو حنيفة : [٣] يشهر به في السوق ، إن كان من أهل السوق أو في قومه أو محلته بعد صلاة العصر في مكان يجتمع فيه الناس ، ويقال : إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه [٤] .

---

(١) انظر كتاب (الكبائر) للذهبي وقد جعل فيه شهادة الزور الكبيرة الثامنة عشرة فيه (ص ٨٦) .

(٢) حديث : « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر . . . » أخرجه البخاري (الفتح ٥/٢٦١ ـ ط السلفية) ومسلم (١/٩١) ـ ط . الحلبي) .

(٣) الهداية ٣/١٣٢ ، فتح القدير ٦/٨٣ .

(٤) قوله : « ويقال إنا وجدنا هذا شاهد زور . . » أصل ذلك ماورد عن الصحابة والتابعين أنهم كانوا يفعلون ذلك انظر أخبار القضاة لوكيع ٢/١٩ ، ٣/٨٩، المصنف لعبد الرزاق الصنعاني ٨/٣٢٥ ـ ٣٢٦ الأحاديث ١٥٣٨٨ ـ ١٥٣٩٠ ، جامع مسانيد الإمام الأعظم ٢/٢٧٤ ، المبسوط ١٦/١٤٥ ، سنن البيهقي الكبرى ١٠/١٤١ ـ ١٤٢ ، الدراية ٢/١٧٢ .

ولا يحبس ولا يعزر بالضرب لتحقق المقصد وهو الانزجار .

وكان شريح يشهره ولا يضربه [١] .

وقال أبو يوسف ومحمد : نوجعه ضربا ونحبسه [٢] .

وعند الشافعية : للإمام أن يعزر شاهد الزور بالضرب أو الحبس أو الزجر ، وإن رأى أن يشهر أمره فعل [٣] لما روي عن عمر - رضي الله عنه - أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه [٤] أي : سوده .

ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد ، وليس فيها حد مقدر فيعزّر .

وذهب المالكية [٥] والحنابلة [٦]: إلى تعزيره وضربه وأن يطاف به في المجالس .

وعلى كل حال إذا ثبت زوره ردت شهادته ، ونبّه الناس على حقيقته .

وتبين أن الحكم المبني على شهادته كان باطلا [١] لقول الرسول ﷺ « اذكروا الفاسق بما فيه ليحذره الناس » [٢]

والمسلمون وأهل الذمة في حكم شهادة الزور سواء ، لقيام الأهلية في حقهم جميعا فيما تعلق بشهادة الزور [٣] .

وإذا تاب شاهد الزور ومضت على ذلك مدة ظهرت فيها توبته ، وتبين صدقه وعدالته : قبلت شهادته عند الحنابلة [٤] وبه قال أبو حنيفة [٥] والشافعي [٦] .

وقال مالك : [٧] لاتقبل شهادته أبدا ، لأن ذلك لايؤمن منه .

شهادة الحسبة :

٦٤ - يقصد بها أن يؤدي الشاهد شهادة تحمّلها ابتداء لابطلب طالب ولا بتقدم دعوى .

ومعنى (حسبة) أي احتسابا لوجه الله تعالى .

---

(١) انظر ذلك في أخبار القضاة ٣/٢١٩ - ٢٢٠ ، المبسوط ١٦/١٤٥ .

(٢) الهداية ٣/١٣٢ ، فتح القدير ٦/٨٣ .

(٣) المهذب ٢/٣٣٠ .

(٤) قوله : « لما روي عن عمر أنه ضرب شاهد الزور . . » رواه البيهقي في السنن الكبرى ١٠/١٤٢ ، بسنده عن مكحول عن عمر .

(٥) المدونة الكبرى ٥/٢٠٣ ، تبصرة الحكام ٢/٣١٤ .

(٦) منتهى الإرادات : ٦٧٨ ، الإنصاف في معرفة الراجح من الخلاف ١٢/١٠٧ المغني ١٢/١٥٣ ، الشرح الكبير ١٢/١٣١ .

---

(١) الشرح الكبير ١٢/١٣٣ .

(٢) حديث : « اذكروا الفاسق بما فيه . . » رواه ابن أبي الدنيا ، وابن عدي ، والخطيب ، من حديث معاوية بن حيدة ، ورواه بعضهم عن عائشة : (كشف الخفاء ١/١١٤ الحديث ٢٠٥) .

(٣) المبسوط ١٦/١٤٦ .

(٤) الشرح الكبير ١٢/١٣٣ .

(٥) المبسوط ١٦/١٤٦ ، فتح القدير ٦/٨٤ .

(٦) المهذب ١/٣٢٩ ، المجموع ٢/٢٤٩ ، روضة الطالبين ١١/٢٤٩ .

(٧) المدونة الكبرى ٥/٢٠٣ .

وتقبل شهادة الحسبة في كل ماتمحض حقا لله تعالى ، كالزنى ، والشرب والسرقة ، وقطع الطريق ، والزكاة ، والكفارة ، والطلاق ، والاستيلاد ، والوقف على الفقراء وعامة المسلمين وغير ذلك من الأمور العامة . (انظر : حسبة) .

شهادة الاسترعاء

انظر : استرعاء



شهادة الزور

التعريف :

١ - شهادة الزور : مركب إضافي يتكون من كلمتين هما : الشهادة ، والزور .

أما الشهادة في اللغة ، فمن معانيها : البيان ، والإظهار ، والحضور ، ومستندها المشاهدة إما بالبصر أو بالبصيرة .

وأما الزور فهو الكذبُ والباطل ، وقيل : هو شهادة الباطل ، يقال : رجل زور وقوم زور : أي مموّه بكذب [١] .

وشهادة الزور عند الفقهاء : هي الشهادة بالكذب ليتوصل بها إلى الباطل من إتلاف نفس ، أو أخذ مال ، أو تحليل حرام أو تحريم حلال [٢] .

الحكم التكليفي :

٢ - لا خلاف بين الفقهاء في أن شهادة الزور

(١) المفردات في غريب القرآن ، ولسان العرب ، ومختار الصحاح ، والمصباح المنير مادة « شهد » .

(٢) حاشية الصحطاوي على الدر المختار ٣/ ٢٦٠ ط دار المعرفة ، بيروت ، والعناية بهامش فتح القدير ٣/ ٢٢٦ ط بولاق ، ومواهب الجليل ٦/ ١٢٢ ط دار الفكر بيروت ، وفتح الباري ١٠/ ٤١٢ ط الرياض الحديثة ، والقرطبي ١٢/ ٥٥ ط دار الكتب سنة ١٩٦٤ .

من أكبر الكبائر وأنه محرم شرعا ، قد نهى الله تعالى عنها في كتابه مع نهيه عن الأوثان فقال الله تعالى : ﴿ فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور ﴾ [1] ، وقد روي عن خريم بن فاتك الأسدي : أن النبي ﷺ صلى صلاة الصبح فلما انصرف قام قائما ، فقال : « عدلت شهادة الزور الإشراك بالله (ثلاث مرات) ثم تلا هذه الآية : ﴿ واجتنبوا قول الزور حنفاء لله غير مشركين به ﴾ [2] .

وروى أبو بكرة - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ أنه قال : «ألا أنبئكم بأكبر الكبائر؟ قلنا : بلى يا رسول الله ، قال ثلاثاً : الإشراك بالله ، وعقوق الوالدين - وكان متكئا - فقال : ألا وقول الزور، وشهادة الزور، ألا وقول الزور، وشهادة الزور فما زال يقولها حتى قلت : لا يسكت» [3] .

وروي عن ابن عمر - رضي الله عنهما - عن النبي ﷺ أنه قال : « لن تزول قدما شاهد الزور حتى يوجب الله له النار » [4] .

فمتى ثبت عند القاضي أو الحاكم عن رجل أنه شهد بزور عمدا عزره باتفاق الفقهاء ، مع اختلافهم في كيفية التعزير [1] ، وسيأتي آراء الفقهاء فيها .

بم تثبت شهادة الزور ؟

٣ - ذهب جمهور الفقهاء إلى أن شهادة الزور لا تثبت إلا بالإقرار ، لأنه لا تتمكن تهمة الكذب في إقراره على نفسه ، أو بأن يشهد بما يقطع بكذبه : بأن يشهد على رجل بفعل في الشام في وقت ، ويعلم أن المشهود عليه في ذلك الوقت في العراق ، أو يشهد بقتل رجل وهو حيّ ، أو أن هذه البهيمة في يد هذا منذ ثلاثة أعوام وسنها أقل من ذلك ، أو يشهد على رجل أنه فعل شيئا في وقت وقد مات قبل ذلك ، أو لم يولد إلا بعده وأشباه هذا مما يتيقن بكذبه ويعلم تعمده لذلك .

---

(١) سورة الحج / ٣٠ - ٣١ .

(٢) حديث : « عدلت شهادة الزور الإشراك بالله » .
أخرجه ابن ماجه (٢/ ٧٩٤ - ط الحلبي) وأعله ابن حجر في التلخيص (٤/ ٩٠ - ط شركة الطباعة الفنية) بقوله : « إسناده مجهول » .

(٣) حديث : « ألا أنبئكم بأكبر الكبائر . . . » .
أخرجه البخاري (الفتح ١٠/ ٤٠٥ - ط السلفية) ، ومسلم (١/ ٩١ - ط الحلبي) .

(٤) حديث : « لن تزول قدما شاهد الزور» . =

= أخرجه ابن ماجه (٢/ ٩٧٤ - ط الحلبي) وقال البوصيري : « إسناده ضعيف » كذا في مصباح الزجاجة (٢/ ٣٨ - ط دار الجنان) .

(١) العناية بهامش فتح القدير ٦/ ٨٤ ط بولاق ، والمبسوط للسرخسي ١٦/ ١٤٥ ط دار المعرفة بيروت ، وبدائع الصنائع ٦/ ٢٨٩ - ٢٩٠ ط دار الكتاب العربي ، وأحكام القرآن للجصاص ٣/ ٤١ ، وتبيين الحقائق ٤/ ٢٢٣ ط دار المعرفة بيروت ، والشرح الصغير ٤/ ٧٤٤ ط دار المعارف بمصر ، والقرطبي ١٢/ ٥٥ ط الكتاب ، وروضة الطالبين ١١/ ١٤٥ ط المكتب الإسلامي ، والمهذب ٢/ ٣٢٩ ط دار المعرفة . بيروت ، والقليوبي وعميرة ٤/ ٣١٩ ط عيسى الحلبي ، والمغني ٩/ ٢٦٠ ط الرياض ، واعلام الموقعين ١/ ١١٩ ط دار الجيل .

٤ - ولا تثبت بالبينة ، لأنها نفي لشهادته ، والبينة حجة للإثبات دون النفي ، وقد تعارضت البينتان فلا يعزر في تعارض البينتين ، أو ظهور فسقه أو غلطه في الشهادة ، لأن الفسق لا يمنع الصدق ، والتعارض لا يعلم به كذب إحدى البينتين بعينها ، والغلط قد يعرض للصادق العدل ولا يتعمده فيعفى عنه [١]. وقد قال الله تعالي : ﴿ وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ولكن ما تعمدت قلوبكم ﴾ [٢].

قال الشيرازي من الشافعية وابن فرحون من المالكية : تثبت شهادة الزور من ثلاثة أوجه :

أحدها : أن يقرّ أنه شاهد زور .

والثاني : أن تقوم البينة أنه شاهد زور .

والثالث : أن يشهد ما يقطع بكذبه .

وإذا ثبت ذلك بالبينة فعليه العقوبة سواء أكان ذلك قبل الحكم أم بعده [٣].

كيفية عقوبة شاهد الزور :

٥ - لما كانت الشريعة لم تقدر عقوبة محددة لشاهد الزور فإن هذه العقوبة هي التعزير ، وقد اختلف الفقهاء في عقوبة شاهد الزور من حيث تفصيلات هذه العقوبة لا من حيث مبدأ عقاب شاهد الزور بالتعزير ، إذ أنه لا خلاف عند الفقهاء في تعزيره. إذا ثبت عند الحاكم عن رجل أنه شهد بزور عمدا عزره وجوبا وشهّر به ، روي ذلك عن عمر - رضي الله عنه - وبه قال شريح وسالم بن عبد الله والأوزاعي وابن أبي ليلى . واختلفوا في كيفية التعزير ، فقال الشافعية والحنابلة وبعض المالكية : تأديب شاهد الزور مفوض إلى رأى الحاكم إن رأى تعزيره بالجلد جلده، وإن رأى أن يحبسه، أو كشف رأسه وإهانته وتوبيخه فعل ذلك ، ولا يزيد في جلده على عشر جلدات ، وقال الشافعي : لا يبلغ بالتعزير أربعين سوطا . وأما كيفية التشهير به بين الناس : فإن الحاكم يوقفه في السوق إن كان من أهل السوق، أو محلة قبيلته إن كان من أهل القبائل ، أو في مسجده إن كان من أهل المساجد ، ويقول الموكل به : إن الحاكم يقرأ عليكم السلام ويقول : هذا شاهد زور فاعرفوه .

٦ - ولا يسخم وجه (أي يسوّده) لأنه مثله ، وقد نهى النبي ﷺ عن المثلة [١]، ولا يركبه

---

(١) المبسوط للسرخسي ١٤٥/١٦ ، وفتح القدير ٨٣/٦ ، وتبيين الحقائق ٢٤١/٤ ومواهب الجليل ١٢٢/٦ ، وروضة الطالبين ١٤٥/١١ ، وأسنى المطالب ٣٥٨/٤ ، والمغني ٢٦٢/٩ .

(٢) سورة الأحزاب آية : ٣٣ .

(٣) المهذب ٣٢٩/٢ ط دار المعرفة بيروت ، وتبصرة الحكام ٥٢/٢ .

(١) حديث : « نهي النبي ﷺ عن المثلة » . =

مقلوبا ، ولا يكلّف الشاهد أن ينادي على نفسه ، وفي الجملة ليس في هذا تقدير شرعي فللحاكم أن يفعل مما يراه - مالم يخرج إلى مخالفة نص أو معنى نص [1].

٧ - وقال أبو يوسف ومحمد وبعض المالكية : إذا ثبت عند القاضي أو الحاكم عن رجل أنه شهد بالزور عوقب بالسجن والضرب ، ويطاف به في المجالس ؛ لما روى عن عمر - رضي الله عنه - أنه ضرب شاهد زور أربعين سوطا وسخم وجهه . وعن الوليد بن أبي مالك أن عمر رضي الله عنه كتب إلى عماله بالشام : إذا أخذتم شاهد الزور فاجلدوه بضرب أربعين سوطا ، وسخموا وجهه وطوفوا به حتى يعرفه الناس ، ويحلق رأسه ويطال حبسه ، لأنه أتى كبيرة من الكبائر للحديث السابق .

وقد قرن الله تعالى بين شهادة الزور وبين الشرك ، فقال : ﴿ فاجتنبوا الرجس من الأوثان واجتنبوا قول الزور ﴾ [2]، ولأن هذه الكبيرة يتعدى ضررها إلى العباد بإتلاف أنفسهم وأعراضهم وأموالهم [1].

٧ م - وقال أبو حنيفة : إذا أقر الشاهد أنه شهد زورا : يشهَّر به في الأسواق إن كان سوقيا ، أو بين قومه إن كان غير سوقي ، وذلك بعد صلاة العصر في مكان تجمع الناس ، ويقول المرسل معه : إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه ، وحذروه الناس ، ولا يعزر بالضرب أو الحبس ، لأن شريحا كان يشهر شاهد الزور ولا يعزره ، وكان قضاياه لا تخفى عن أصحاب رسول الله ﷺ ، ولم ينقل أنه أنكر عليه منكر ، ولأن المقصود هو التوصل إلى الانزجار؛ وهو يحصل بالتشهير ، بل ربما يكون أعظم عند الناس من الضرب ، فيكتفى به ، والضرب وإن كان مبالغة في الزجر لكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا إلى هذا الوجه [2].

= أخرجه البخاري (الفتح ٥/١١٩ - ط السلفية) من حديث عبد الله يزيد .

(١) المدونة ٦/٢٠٣ ط دار صادر بيروت ، وتبصرة الحكام ٢/٢١٣ ط دار الكتب العلمية ، والشرح الصغير ٤/٢٠٦ ط دار المعارف بمصر ، والمهذب ٢/٣٣٠ ، وروضة الطالبين ١١/١٤٤ - ١٤٥ ، والمغني ٩/٢٦٠ - ٢٦٢ ط الرياض .

(٢) سورة الحج / آية : ٣٠ .

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٨٩ - ٢٩٠ ، وفتح القدير ٦/٨٣ ، والبحر الرائق ٧/١٢٥ ، وأحكام القرآن للجصاص ٣/٢٤١ ، وتبيين الحقائق ٤/٢٤٢ ، وشرح العناية بهامش فتح القدير ٤/٨٤ ، وابن عابدين ٤/٣٩٥ ، والشرح الصغير ٤/٢٠٦ ، والقوانين الفقهية ص ٢٠٣ ط دار القلم بيروت ، وتبصرة الحكام ٢/٢١٣ .

(٢) البحر الرائق ٧/١٢٥ - ١٢٦ ، وتبيين الحقائق ٤/٢٤٢ ، والعناية بهامش فتح القدير ٤/٨٤ ، وحاشية الطحطاوي على الدر المختار ٣/٢٦٠ ، والبدائع ٦/٢٨٩ - ٢٩٠ .

وذكر الزيلعي نقلا عن الحاكم أبي محمد الكاتب : أن هذه المسألة على ثلاثة أوجه : أحدها : أن يرجع على سبيل التوبة والندامة، فإنه لا يعزر بإجماع أئمة الحنفية . والثاني : أن يرجع من غير توبة، وهو مصرٌّ على ما كان منه فإنه يعزر باجماعهم . والثالث : أن لا يعلم رجوعه بأي سبب فإنه على الاختلاف الذى ذكرنا [١] .

القضاء بشهادة الزور :

٨ - ذهب جمهور الفقهاء من المالكية والشافعية والحنابلة ، وأبو يوسف ومحمد وزفر من الحنفية وإسحاق وأبو ثور: إلى أن قضاء الحاكم بشهادة الزور ينفذ ظاهرا لا باطنا ، لأن شهادة الزور حجة ظاهرا لا باطنا فينفذ القضاء كذلك لأن القضاء ينفذ بقدر الحجة ، ولا يزيل شيئا عن صفته الشرعية ، سواء العقود من النكاح وغيره والفسوخ ، فلا يحل للمقضي له بشهادة الزور ما حكم له به من مال أو بضع أو غيرهما [٢] ، لقوله ﷺ : « إنما أنا بشر ، وإنكم تختصمون إليّ ولعل بعضكم أن يكون ألحن بحجته من بعض ، فأقضى له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حقّ أخيه شيئا فلا يأخذه فإنما أقطع له قطعة من النار » [١] .

وقال أبو حنيفة وأحمد في رواية : ينفذ القضاء بشهادة الزور ظاهرا وباطنا في العقود والفسوخ حيث كان المحل قابلا ، والقاضي غير عالم بزورهم ، لقول عليّ - رضي الله عنه - لامرأة أقام عليها رجل بينة على أنه تزوجها ، فأنكرت فقضى له عليّ - رضي الله عنه - فقالت له : لم تزوجني ؟ أما وقد قضيت عليّ فجدد نكاحي ، فقال : لا أجدد نكاحك ، الشاهدان زوجاك ؛ فلو لم ينعقد النكاح بينهما باطنا بالقضاء لما امتنع من تجديد العقد عند طلبها .

٩ - وأما في الأملاك المرسلة (أي التي لم يذكر لها سبب معين) فإن الفقهاء أجمعوا على أنه ينفذ ظاهرا لا باطنا ، لأن الملك لابد له من سبب وليس بعض الأسباب بأولى من البعض لتزاحمها فلا يمكن إثبات السبب سابقا على القضاء بطريق الاقتضاء [٢] .

تضمين شهود الزور :

١٠ - متى علم أن الشهود شهدوا بالزور: تبين أن الحكم كان باطلا ، ولزم نقضه وبطلان

---

(١) تبيين الحقائق ٤/٢٤٢ .

(٢) ابن عابدين ٤/٣٣٣ ، والشرح الصغير ٤/٢٩٥ ، وروضة الطالبين ١١/١٥٢ ، والقليوبي ٤/٣٠٤ ، والمهذب ٢/٣٤٣ ، والمغني ٩/٦٠ .

---

(١) حديث : « إنما أنا بشر وانكم تختصمون إلي . . » . أخرجه البخاري (الفتح ١٢/٣٣٩ - ط السلفية) ومسلم (٣/١٣٣٧ - ط الحلبي) من حديث أم سلمة .

(٢) ابن عابدين ٤/٣٣٣ ، والمغني ٩/٦٠ .

ما حكم به ، ويضمن شهود الزور ما ترتب على شهادتهم من ضمان . فإن كان المحكوم به مالا : ردّ إلى صاحبه ، وإن كان إتلافا : فعلى الشهود ضمانه ؛ لأنهم سبب إتلافه .

وذهب الشافعية والحنابلة وأشهب من المالكية : إلى وجود القصاص على شهود الزور إذا شهدوا على رجل بما يوجب قتله ، كأن شهدوا عليه بقتل عمد عدوان أو بردة أو بزنى وهو محصن ، فقتل الرجل بشهادتهما ، ثم رجعا وأقرا بتعمد قتله ، وقالا : تعمدنا الشهادة عليه بالزور ليقتل أو يقطع : فيجب القصاص عليهما ؛ لتعمد القتل بتزوير الشهادة ، لما روى الشعبي : أن رجلين شهدا عند علي - رضي الله عنه - على رجل بالسرقة فقطعه ثم عادا فقالا : أخطأنا ، ليس هذا هو السارق ، فقال علي : لو علمت أنكما تعمدتما لقطعتكما ، ولا مخالف له في الصحابة فيكون إجماعا ، وإنهما تسببا إلى قتله أو قطعه بما يفضي إليه غالبا فلزمهما كالمكره . وبه قال ابن شبرمة ، وابن أبي ليلى ، والأوزاعي ، وأبو عبيد .

١١ - وكذلك الحكم إذا شهدوا زورا بما يوجب القطع قصاصا ، فقطع أو في سرقة لزمهما القطع ، وإذا سرى أثر القطع إلى النفس فعليهما القصاص في النفس ، كما يجب القصاص على القاضي إذا قضى زورا بالقصاص ، وكان يعلم بكذب الشهود . وتجب عليهما الدية المغلظة إذا قالا : تعمدنا الشهادة عليه ، ولم نعلم أنه يقتل بهذا ، وكانا مما يحتمل أن يجهلا ذلك . وتجب الدية في أموالهما لأنه شبه عمد ولا تحمله العاقلة ، لأنه ثبت باعترافهما والعاقلة لا تحمل الاعتراف [١] .

١٢ - وإن رجع شهود القصاص أو شهود الحد بعد الحكم بشهادتهم وقبل الاستيفاء ، لم يستوف القود ولا الحد ؛ لأن المحكوم به عقوبة لا سبيل إلى جبرها إذا استوفيت بخلاف المال ، ولأن رجوع الشهود شبهة لاحتمال صدقهم ، والقود والحد يدرآن بالشبهة ، فينقض الحكم ، ولا غرم على الشهود بل يعزرون .

ووجبت دية قود للمشهود له ، لأن الواجب بالعمد أحد شيئين وقد سقط أحدهما فتعين الآخر ، ويرجع المشهود عليه بما غرمه من الدية على الشهود [٢] .

---

(١) روضة الطالبين ١١/٩٩ - ٣٠٠ ، ونهاية المحتاج ٨/٢١١ ، والمهذب ٢/٣٤١ ، والمغني ٩/٢٤٥ - ٢٤٧ ، ٢٥١ ، ٢٥٥ ، ٢٦٢ ، ٧/٦٤٥ - ٦٤٦ ، وكشاف القناع ٦/٤٤٣ ، والشرح الصغير ٤/٢٩٥ ط دار المعارف بمصر .

(٢) المراجع السابقة .

وذهب الحنفية والمالكية عدا أشهب: إلى أن الواجب هو الدية لا القصاص ؛ لأن القتل بشهادة الزور قتل بالسبب ، والقتل تسببا لا يساوي القتل مباشرة ، ولذا قصر أثره ، فوجبت به الدية لا القصاص .(١)

١٢م - ويجب حد القذف على شهود الزور إذا شهدوا بالزنى ويقام عليهم الحد سواء تبين كذبهم قبل الاستيفاء أو بعده . ويحدُّون في الشهادة بالزنى حد القذف أولاً . ثم يقتلون إذا تبيّن كذبهم بعد استيفاء الحد بالرجم .

وذلك عند الشافعية ، لأنهم لم يقولوا بالتداخل في هذه المسألة ، وأما عند الجمهور: فإن كان في الحدود قتل فإنه يكتفي به ، لقول ابن مسعود ـ رضي الله عنه ـ : « ما كانت حدود فيها قتل إلا أحاط القتل بذلك كله » ولأنه لا حاجة معه إلى الزجر بغيره ، واستثنى المالكية من ذلك حد القذف فقد ذكروا أنه لا يدخل في القتل ، بل لابد من استيفائه قبله (٢) .

---

(١) بدائع الصنائع ٦/٢٨٥ ، والشرح الصغير ٤/٢٩٥ .

(٢) فتح القدير ٤/٢٠٨ ، ٢٠٩ ط بولاق ، الدسوقي ٤/٣٤٧ ط دار الفكر ، وروضة الطالبين ١٠/١٦٤ ط المكتب الإسلامي ، والمغني ٨/٢١٣ ، ٢١٤ ط الرياض .

توبة شاهد الزور :

١٣ ـ ذهب الحنفية والشافعية والحنابلة وأبو ثور : إلى أنه إذا تاب شاهد الزور وأتت على ذلك مدة تظهر فيها توبته ، وتبين صدقه فيها وعدالته ، قبلت شهادته . لقوله تعالي : ﴿ إلا الذين تابوا من بعد ذلك وأصلحوا ﴾ (١) .

ولأن النبي ﷺ قال : « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » (٢) .

ولأنه تائب من ذنبه ؛ فقبلت توبته كسائر التائبين .

ومدة ظهور التوبة عندهم سنة ، لأنه لا تظهر صحة التوبة في مدة قريبة ؛ فكانت أولى المدد بالتقدير سنة ، لأنه تمر فيها الفصول الأربعة التى تهيج فيها الطبائع وتتغير فيها الأحوال (٣) .

وقال البابرتي من الحنفية : مدة ظهور التوبة عند بعض الحنفية ستة أشهر ، ثم

---

(١) سورة آل عمران آية : ٨٩ .

(٢) حديث : « التائب من الذنب كمن لا ذنب له » .
أخرجه ابن ماجة (٢/١٤٢٠ ـ ط الحلبي) من حديث ابن مسعود ، وفي إسناده مقال ، ولكن حسنه ابن حجر لشواهده ، كذا في المقاصد الحسنة للسخاوي (ص ـ ١٥٢ ـ ط الخانجي) .

(٣) شرح العناية بهامش فتح القدير ٦/٨٤ ، وروضة الطالبين ١١/٢٤٥ ، ٢٤٨ ، والمهذب ٢/٣٣٢ ، والمغني ٩/٢٠٢ .

قال : والصحيح أنه مفوض إلى رأي القاضي [١].

وقال المالكية : إن كان ظاهر الصلاح حين شهد بالزور لا تقبل له شهادة بعد ذلك لاحتمال بقائه على الحالة التى كان عليها ، وإن كان غير مظهر للصلاح حين الشهادة ففي قبولها بعد ذلك إذا ظهرت توبته قولان [٢].

شهادتان

انظر : إسلام ، تلقين



(١) شرح العناية بهامش فتح القدير ٦/٨٤ .
(٢) الشرح الصغير ٤/٢٠٦ .

شَهْر

التعريف :

١ - الشهر : الهلال، سمي به لشهرته ووضوحه ، ثم سميت الأيام به . وجمعه: شهور وأشهر ، وهو مأخوذ من الشهرة وهي : الانتشار ووضوح الأمر ، ومنه شهرت الأمر أشهره شهرا وشهرة فاشتهر أي : وضح ، وكذلك أشهرته وشهّرته تشهيرا [١].

وأول الشهر: من اليوم الأول إلى السادس عشر . وآخر الشهر منه إلى الآخر إلا إذا كان تسعة وعشرين يوما ، فإن أوله حينئذ إلى وقت الزوال من الخامس عشر ، وما بعده آخر الشهر.ورأس الشهر : الليلة الأولى مع اليوم .

وغرة الشهر : إلى انقضاء ثلاثة أيام .

واختلفوا في الهلال فقيل : إنه كالغرة ، والصحيح أنه أول يوم ، وإن خفي فالثاني . وسلخ الشهر : اليوم الأخير منه [٢].

(١) الصحاح والمصباح المنير .
(٢) الكليات ٥/١٢٠ .

وفي الشرع : المراد بالشهر عند الإطلاق : الشهر الهلالي .[1] قال الله تعالى : ﴿ إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا فى كتاب الله يوم خلق السماوات والأرض منها أربعة حرم ﴾[2]. ولم يختلف الناس في أن الأشهر الحرم معتبرة بالأهلة .

قال القرطبي : هذه الآية تدل على أن الواجب تعليق الأحكام من العبادات وغيرها ، إنما يكون بالشهور والسنين التي تعرفها العرب ، دون الشهور التي تعتبرها العجم والروم والقبط ، وإن لم تزد (شهور سنواتهم) على اثني عشر شهرا لأنها مختلفة الأعداد : منها ما يزيد على ثلاثين يوما ، ومنها ما ينقص . وشهور العرب لا تزيد على ثلاثين يوما ، وإن كان منها ما ينقص . والذي ينقص ليس يتعين له شهر ، وإنما تفاوتها في النقصان والتمام على حسب اختلاف سير القمر في البروج[3] .

وورد في كتب الشافعية استثناء من هذا الأصل في بعض المسائل ، كالأشهر الستة المعتبرة في أقل الحمل ، يريدون بالشهر فيها

(١) شرح التحرير بحاشية الشرقاوي ١/١٥٥ ، والمغني ٧/٤٥٨ .

(٢) سورة التوبة / ٣٦ .

(٣) القرطبي ٨/١٣٣ .

ثلاثين يوما ولا يعنون به الشهر الهلالي[1] .

الأحكام المتعلقة بالشهر :

أشهر الحج :

٢ ـ يرى جمهور الفقهاء أن أشهر الحج هي : شوال ، وذو القعدة ، وعشر من ذي الحجة .

وذهب المالكية إلى أن أشهر الحج هي : شوال وذو القعدة وذو الحجة .

وللتفصيل ر : (أشهر الحج ف ١ ـ ٤ جـ ٥/٤٩) .

الأشهر الحرم :

٣ ـ الأشهر الحرم : هي التي ورد ذكرها في قول الله تعالى : ﴿ إن عدة الشهور عند الله اثنا عشر شهرا في كتاب الله يوم خلق السماوات والأرض منها أربعة حرم ﴾ والمراد بها : رجب مضر ، وذو القعدة ، وذو الحجة ، والمحرم .

وللتفصيل ينظر : (الأشهر الحرم ف ١ ـ ٦ / جـ ٥/٥٠) .

العدة بالشهور :

٤ ـ إذا لم تكن من وجبت عليها العدة ذات قرء لصغر أو يأس ، فإنها تعتد بالشهور ، لقول الله تعالى : ﴿ واللائى يئسن من المحيض من نسائكم إن ارتبتم فعدتهن ثلاثة

(١) شرح التحرير بحاشية الشرقاوي ١/١٥٤ ، وروضة الطالبين ١/١٥٣ .

أشهر واللائي لم يحضن ﴾ [١].

وذات القرء إذا ارتفع حيضها لا تدري ما رفعه اعتدت بالأشهر. والآيسة، وكل من توفي عنها زوجها ولا حمل بها قبل الدخول أو بعده حرة أو أمة عدتها بالشهور؛ [٢] لقول الله تعالى: ﴿ والذين يتوفون منكم ويذرون أزواجا يتربصن بأنفسهن أربعة أشهر وعشرا ﴾ [٣].

وللفقهاء تفصيل في عدة المطلقة بالأشهر، وعدة المتوفى عنها زوجها، وانتقال العدة من الأشهر إلى الأقراء، وانتقالها من الأقراء إلى الأشهر: ينظر في (عدة).

الإجارة مشاهرة:

٥ ـ إذا قال المؤجر: آجرتك داري عشرين شهرا كل شهر بدرهم مثلا جاز العقد بغير خلاف؛ لأن المدة معلومة وأجرها معلوم وليس لواحد من المؤجر والمستأجر حق الفسخ بحال، لأنها مدة واحدة فأشبه مالو قال: آجرتك عشرين شهرا بعشرين درهما [٤].

أما إذا قال المؤجر: آجرتك هذا كل شهر بدرهم. فقد اختلف الفقهاء في صحة الإجارة حسب الاتجاهات التالية:

ذهب الحنفية والمالكية وبعض الحنابلة وأبو ثور إلى: أن الإجارة صحيحة إلا أن الشهر الأول تلزم الإجارة فيه بإطلاق العقد، وما بعده من الشهور يلزم العقد فيه بالتلبس به، وهو السكنى في الدار. واستدلوا بأن عليا ـ رضي الله عنه ـ استقى لرجل من اليهود كل دلو بتمرة، وجاء بالتمر إلى النبي ﷺ يأكل منه، [١] قال علي: كنت أدلو الدلو واشترطها جلدة. [٢] وعن أبي هريرة: أن رجلا من الأنصار قال ليهودي: أسقي نخلك؟ قال: كل دلو بتمرة. واشترط الأنصاري أن لا يأخذها خدرة (عفنة) ولا تارزة (يابسة) ولا حشفة. ولا يأخذ إلا جلدة

---

(١) سورة الطلاق / ٤.

(٢) المغني ٤٤٩/٧ ط الرياض، وبدائع الصنائع ١٩٥/٣، وفتح القدير ٢٩/٣، والقوانين الفقهية ص ٢٣٥ نشر دار الكتاب العربي، ومغني المحتاج ٣٨٦/٣، ٣٩٥، وروضة الطالبين ٣٧٠/٨.

(٣) سورة البقرة / ٢٣٤.

(٤) المغني مع الشرح الكبير ٦ / ١٩ ـ ٢٠، وتكملة فتح القدير ١٧٦/٧ ط بولاق، والتاج والإكليل ٤٤٠/٥.

(١) حديث: « أن عليا استقى لرجل من اليهود ».
أخرجه ابن ماجه (٨١٨/٢ ـ ط الحلبي) من حديث ابن عباس، وقال البوصيري: « هذا إسناد ضعيف » كذا في مصباح الزجاجة (٥٣/٢ ـ ط دار الجنان) وقال ابن حجر: « رواه أحمد من طريق علي بإسناد جيد » كذا في التلخيص الحبير (٦١/٣ ـ ط شركة الطباعة الفنية).

(٢) حديث علي: « كنت أدلو الدلو.. ».
أخرجه ابن ماجه (٨١٨/٢ ـ ط الحلبي) وقال البوصيري: « هذا إسناد صحيح، رجاله ثقات موقوفا ». كذا في مصباح الزجاجة (٥٣/٢ ـ ط دار الجنان).

فاستقى بنحو من صاعين، فجاء به إلى النبي ﷺ (١).

قال ابن قدامة : وهو نظير مسألتنا ، ولأن شروعه في كل شهر مع ما تقدم في العقد من الاتفاق على تقدير أجره والرضا ببذله به جرى مجرى ابتداء العقد عليه وصار كالبيع بالمعاطاة (٢).

والمالكية وإن كانوا يقولون بصحة الإجارة في هذه الحالة إلا أنهم لا يعتبرون الإجارة لازمة فلكل من المؤجر والمستأجر عندهم حل العقد عن نفسه متى شاء ، ولا كلام للآخر (٣).

والقول الصحيح للشافعية ولأبي بكر عبد العزيز بن جعفر وأبي عبد الله بن حامد من الحنابلة : أن العقد باطل لأن «كل» اسم للعدد، فإذا لم يقدره كان مبهما مجهولا فيكون فاسدا كما لو قال : آجرتك مدة أو شهرا (٤).

قال في الإملاء - وهو القول المقابل للصحيح للشافعية - : تصح الإجارة في الشهر الأول ، وتبطل فيما زاد ؛ لأن الشهر الأول معلوم وما زاد مجهول ، فصح في المعلوم وبطل في المجهول ، كما لو قال : آجرتك هذا الشهر بدينار وما زاد بحسابه (١).

المراد بالشهر في الإجارة :

٦ - لا خلاف بين الفقهاء أن عقد الإجارة إذا انطبق على أول الشهر كان ذلك الشهر وما بعده بالأهلة (٢).

وإن لم ينطبق العقد على أول الشهر تُمم المنكسر بالعدد من الأخير ، ويحسب الثاني بالأهلة . بهذا يقول الشافعية والصاحبان من الحنفية ، وهو المذهب عند الحنابلة ، وهو ما يؤخذ من عبارات المالكية في باب العدة (٣).

ويرى أبو حنيفة والشافعي في رواية - نقلها عنه ابن قدامة - وأحمد في رواية : أنه يستوفي الجميع بالعدد ؛ لأن الشهر الأول يكمل بالأيام من الثاني ، فيصير أول الثاني

---

(١) حديث أبي هريرة : أن رجلا من الأنصار قال ليهودي : أسقي نخلك .
أخرجه ابن ماجه (٢/ ٨١٨ - ٨١٩ - ط الحلبي) وضعف اسناده البوصيري في مصباح الزجاجة (٢/ ٥٣ - ط دار الجنان) .
(٢) المغني مع الشرح الكبير ٦/ ١٨ - ١٩ .
(٣) الشرح الصغير ٤/ ٦٠ .
(٤) المهذب ١/ ٤٠٣ نشر دار المعرفة ، والمغني مع الشرح الكبير ٦/ ١٨ .

(١) المهذب ١/ ٤٠٣ .
(٢) فتح القدير ٣/ ٣٠ ط بولاق ، وابن عابدين ٥/ ٣٢ ، ومطالب أولى النهى ٣/ ٦٢٢ ، والمغني مع الشرح الكبير ٦/ ٥ ، والمهذب ١/ ٤٠٣ .
(٣) المغنى مع الشرح الكبير ٦/ ٥ ، ومطالب أولي النهى ٣/ ٦٢٢ ، وفتح القدير ٣/ ٣٠ ، والمهذب ١/ ٤٠٣ ، وروضة الطالبين ٥/ ١٩٧ ، والقوانين الفقهية ص ٢٣٦ ، والشرح الصغير ٢/ ٦٧٣ .

بالأيام ، فيكمل بالثالث وهكذا [١] .

والظاهر أن هذا الخلاف يجري في كل ما يعتبر بالأشهر ، كعدة وفاة ، وصوم شهري كفارة ، ومدة خيار ، وأجل ثمن وسلم لأن هذه المسائل تساوي ما تقدم معنى [٢] .

الشَّهْرُ الحرام

انظر : الأشهر الحرم

شَهْرُ رمضان

انظر : رمضان

شُهْرَة

انظر : تسامح ، ألبسة

(١) ابن عابدين ٥ / ٣٢ ، وفتح القدير ٣ / ٣٠ ، والمغني مع الشرح الكبير ٦ / ٥ .
(٢) مطالب أولي النهى ٣ / ٦٢٢ ، وفتح القدير ٣ / ٣٠ ط . بولاق .

شَهْوَة

التعريف :

١ - الشهوة لغة : اشتياق النفس إلى الشيء ، والجمع : شهوات . وشيء شهي ، مثل لذيذ ، وَزْنا ومعنى .

واشتهاه وتشهاه : أحبه ورغب فيه .[١]

وفي الاصطلاح : توقان النفس إلى المستلذات [٢] .

وقال القرطبي : الشهوات عبارة عما يوافق الإنسان ويشتهيه ويلائمه ولايتقيه [٣] .

وفي إعطاء النفس حظها من الشهوات المباحة مذاهب حكاها الماوردي .

أحدها : منعها وقهرها كي لاتطغى .

والثاني : إعطاؤها تحيلا على نشاطها وبعثا لروحانيتها .

والثالث : قال - وهو الأشبه - :

(١) ترتيب القاموس المحيط والمصباح المنير .
(٢) التعريفات وكشاف اصطلاح الفنون ٣ / ٧٨٨ .
(٣) تفسير القرطبي ١١ / ١٢٥ .

التوسط ؛ لأن في إعطاء الكل سلاطة ، وفي المنع بلادة [1].

والثالث : قال : وهو الأشبه : التوسط لأن في إعطاء الكل سلاطة ، وفي المنع بلادة [1].

الأحكام المتعلقة بالشهوة :

نقض الوضوء باللمس بشهوة :

٢ - ذهب الحنفية إلى : أن لمس المرأة غير المحرم بشهوة أو بغير شهوة غير ناقض للوضوء ، وذهب أبو حنيفة وأبو يوسف إلى : أنه ينتقض الوضوء بمباشرة فاحشة استحسانا . وهي مس فرج أو دبر بذكر منتصب بلا حائل يمنع حرارة الجسد ، أو مع وجود حائل رقيق لايمنع الحرارة .

وكما ينتقض وضوء الرجل ينتقض وضوء المرأة كما في القنية .

وقال محمد بن الحسن : لاينتقض الوضوء إلا بخروج المذي ، وهو القياس .

ووجه الاستحسان : أن المباشرة الفاحشة لاتخلو عن خروج المذي غالبا ، والغالب كالمتحقق .

وفي مجمع الأنهر : قوله : (أي محمد) : أقيس ، وقولهما : أحوط [1].

٣ - وذهب المالكية إلى : أن لمس المتوضىء البالغ لشخص يلتذ بمثله عادة - من ذكر أو أنثى - ينقض الوضوء ولو كان الملموس غير بالغ ، أو كان اللمس لظفر أو شعر أو من فوق حائل كثوب ، وظاهر المدونة سواء كان الحائل خفيفا يحس اللامس معه بطراوة البدن ، أم كان كثيفا ، وتأولها بعض المالكية بالخفيف ، ومحل الخلاف بين الخفيف والكثيف مالم يقبض ، فإن قبض على شيء من الجسم نقض اتفاقا

ومحل النقض : إن قصد التلذذ بلمسه ، وإن لم تحصل له لذة حال لمسه ، أو وجدها حال اللمس وإن لم يكن قاصدا لها ابتداء . فإن لم يقصد ولم تحصل له لذة فلا نقض ولو وجدها بعد اللمس .

والملموس - إن بلغ ووجد اللذة أو قصدها - بأن مالت نفسه لأن يلمسه غيره فَلَمَسَه : انتقض وضوؤه ؛ لأنه صار في الحقيقة لامسا وملموسا ، فإن لم يكن بالغا فلانقض ، ولو قصد ووجد .

وأما القبلة في الفم فتنقض الوضوء مطلقا ، سواء قصد المقبل اللذة أو وجدها ،

(١) عميرة على شرح المنهاج ٢٦٤/٤ ، ونهاية المحتاج ١٥٤/٨ ، وحاشية الجمل ٢٧٩/٥ .

(١) حاشية الطحطاوي على مراقبي الفلاح ص ٥١ ، وابن عابدين ٩٩/١ ، وتبيين الحقائق ١٢/١ .

أم لا ؛ لأنها مظنة اللذة بخلافها في غير الفم . وسواء في النقض : المقبِّل والمقبَّل ، ولو وقعت بإكراه أو استغفال .

ولا ينتقض الوضوء بلذةٍ من نظر أو فكر ولو أنعظ ، ولابلمس صغيرة لاتشتهى أو بهيمة [1] .

٤ ـ وذهب الشافعية إلى أن التقاء بشرتي الرجل والمرأة ينقض الوضوء ، ولا فرق في ذلك بين أن يكون بشهوة أو إكراه ، أو نسيان ، أو يكون الرجل ممسوح الذكر ، أو خصيا ، أو عنينا ، أو المرأة عجوزا شوهاء أو كافرة .

واللمس عندهم : الحس باليد ، والمعنى فيه أنه مظنة ثوران الشهوة ، ومثله في ذلك باقي صور الالتقاء فألحقت به ، بخلاف نقض الوضوء بمس الفرج ، فإنه يختص ببطن الكف لأن المس إنما يثير الشهوة ببطن الكف ، واللمس يثيرها به وبغيره .

والمراد بالرجل : الذكر إذا بلغ حدا يشتهى لاالبالغ .

وبالمرأة : الأنثى إذا صارت مشتهاة لا البالغة .

ولا ينتقض الوضوء بلمس المَحْرم له بنسب أو رضاع أو مصاهرة ، ولو بشهوة في الأظهر ، لأنها ليست مظنة الشهوة بالنسبة إليه ، كالرجل . ومقابل الأظهر ينتقض الوضوء لعموم قوله تعالى : ﴿أو لامستم النساء﴾ [1] .

والملموس رجلا كان أو امرأة كاللامس في نقض وضوئه في الأظهر ، لاستوائهما في لذة اللمس .

ولا نقض بلمس الصغيرة أو الصغير إذا لم يبلغ كل منهما حدا يشتهى عرفا . ولابلمس الشعر أو السن أو الظفر في الأصح [2] .

٥ ـ وذهب الحنابلة إلي : أن من النواقض للوضوء مس بشرة الذكر بشرة أنثى لشهوة ، لقوله تعالى : ﴿أو لامستم النساء﴾ .

وأما كون اللمس لاينقض إلا إذا كان لشهوة فللجمع بين الآية والأخبار . لأنه روي عن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت : «فقدت النبي ﷺ ليلة من الفراش فَالْتَمَسْتُهُ ، فوقعت يدي على بطن قدميه وهو في المسجد وهما منصوبتان » [3] . ونصبهما دليل على أنه كان يصلي ، وروي عنها أيضا أنها قالت : «كنت أنام بين يدي

---

(١) الشرح الصغير ١/١٤٢ ـ ١٤٤ .

(١) سورة النساء / ٤٣ .

(٢) مغني المحتاج ١/٣٤ ـ ٣٥ .

(٣) حديث عائشة : «فقدت النبي ﷺ ليلة من الفراش . .» أخرجه مسلم (١/٣٥٢ ـ ط . الحلبي) .

النبي ﷺ ، ورجلاي في قبلته فإذا سجد غمزني فقبضت رجلي» [١] .

والظاهر أن غمزه رجليها كان من غير حائل . ولأن المسّ ليس بحدث في نفسه ، وإنما هو داع إلى الحدث ، فاعتبرت الحالة التي يدعو فيها إلى الحدث ، وهي حالة الشهوة .

وينقض الوضوء مس بشرتها بشرته لشهوة ، لأنها ملامسة تنقض الوضوء فاستوى فيها الذكر والأنثى كالجماع .

ويشترط في المس الناقض للوضوء : أن يكون من غير حائل ، لأنه مع الحائل لم يلمس بشرتها ، أشبه مالو لمس ثيابها لشهوة ، والشهوة لاتوجب الوضوء بمجردها . ولاينقض مس الرجل الطفلة ، ولامس المرأة الطفل . أي : من دون سبع سنوات ، ولاينتقض وضوء ملموس بدنه ولو وجد منه شهوة ، لأنه لانصَّ فيه .

وقال ابن قدامة : وينتقض وضوء الملموس إذا وجدت منه الشهوة ؛ لأن ما ينتقض بالتقاء البشرتين لا فرق فيه بين اللامس والملموس [٢] .

ولا ينتقض وضوء بانتشار ذكر عن فكر وتكرار نظر ، ولا بلمس شعر وظفر وسن ولا المس به ، لأنه في حكم المنفصل ، ولا مس عضو مقطوع لزوال حرمته ، ولا ينتقض وضوء رجل مس أمرد [١] . ولو بشهوة ، لعدم تناول الآية له . ولأنه ليس محلا للشهوة شرعا .

ولاينتقض الوضوء بمسّ الرجل الرجل ، ولابمس المرأة المرأة ولو بشهوة [٢] .

وتفصيل ما تقدم في مصطلح (وضوء) .

الشهوة وأثرها في الصوم :

أ - الإنزال بنظر أو فكر :

٦ - ذهب الحنفية والشافعية إلى : أن إنزال المني أو المذي عن نظر وفكر لايبطل الصيام ، ومقابل الأصح عند الشافعية أنه : إذا اعتاد الإنزال بالنظر ، أو كرر النظر فأنزل يفسد الصيام .

وذهب المالكية والحنابلة إلى : أن إنزال المني بالنظر المستديم يفسد الصوم ، لأنه إنزال بفعل يتلذذ به ، ويمكن التحرز منه .

وأما الإنزال عن فكر فيفسد الصوم عند المالكية ، وعند الحنابلة لايفسده لأنه لايمكنه التحرز عنه .

(١) حديث عائشة : «كنت أنام بين يدي النبي ﷺ . .» أخرجه البخاري (الفتح ٣/ ٨٠ ط . السلفية) ومسلم (١/ ٣٦٧ - ط . الحلبي) .
(٢) المغني لابن قدامة ١/ ١٩٥ طبعة الرياض .

(١) الأمرد : الشاب طرّ شاربه ولم تنبت لحيته . القاموس .
(٢) كشاف القناع ١/ ١٢٨ - ١٢٩ .

ب ـ الإنزال عن قبلة أو مس أو معانقة .

٧ ـ لاخلاف بين الفقهاء في أن إنزال المني باللمس أو المعانقة أو القبلة يفسد الصوم ؛ لأنه إنزال بمباشرة فأشبه الإنزال بالجماع دون الفرج . أما إذا حصل من القبلة والمعانقة واللمس إنزال مذي فلايفسد الصوم عند الحنفية والشافعية ، ويفسده عند المالكية والحنابلة ؛ لأنه خارج تخلّله الشهوة خرج بالمباشرة فأفسد الصوم كالمني [1] .

وتفصيله في مصطلح (صوم) .

الشهوة وأثرها في الحج والعمرة :

أ ـ الجماع :

٨ ـ إذا وقع الجماع قبل الوقوف بعرفة فسد حجه بإجماع العلماء وإذا وقع الجماع بعد الوقوف بعرفة وقبل التحلل الأول فسد حجه وعليه بدنة عند جمهور الفقهاء ، (المالكية والشافعية والحنابلة) . وذهب الحنفية إلى عدم فساد الحج وعليه أن يهدى بدنه .

واتفق الفقهاء على أن الجماع إذا وقع بعد التحلل الأول لايفسد الحج .

وقد سبق تفصيله في مصطلح (إحرام : الموسوعة ٢/١٩١ ـ ١٩٣ .

ب ـ مقدمات الجماع :

٩ ـ اللمس بشهوة والتقبيل والمباشرة بغير جماع ، يجب على من فعل شيئا منها الدم، سواء أنزل أم لم ينزل ، وحجه صحيح على تفصيل وخلاف سبق في مصطلح (إحرام : الموسوعة ٢/١٩٢ ـ ١٩٣) .

ج ـ النظر والتفكر :

١٠ ـ النظر أو التفكر بشهوة إذا أدى إلى الإنزال لايجب عليه شيء عند الحنفية والشافعية خلافا للمالكية والحنابلة .

وتفصيل الخلاف فيه سبق في مصطلح (إحرام : الموسوعة ٢/١٩٣) .

النظر بشهوة :

نظر الرجل للمرأة :

١١ ـ أ ـ إذا كانت زوجة جاز للزوج النظر إلى جميع جسدها بشهوة :

ب ـ إذا كانت المرأة ذات محرم فقد اختلف الفقهاء فيما يجوز نظر البالغ بلاشهوة من محرمه الأنثى . فذهب الحنفية والحنابلة إلى جواز النظر إلى مايظهر غالبا كالرقبة والرأس والكفين والقدمين ، ولم يجز الحنابلة النظر إلى مازاد على ذلك .

وزاد الحنفية جواز النظر إلى الصدر والساقين والعضدين ، ولم يجيزوا النظر إلى ظهرها وبطنها ؛ لأنه أدعى للشهوة .

---

(١) مراقي الفلاح ص ٣٦٢ ، وابن عابدين ٢/١١٢ . والقوانين الفقهية ص ١١٨ ومغني المحتاج ١/٤٣٠ ـ ٤٣١ والمغني ٣/١١١ ـ ٣١٢ وما بعدها .

وتوسع الشافعية فأجازوا النظر إلى جميع جسدها إلا مابين سرتها وركبتها ، وأجازوا النظر إلى السرة والركبة ، لأنهما ليستا بعورة بالنسبة لنظر المحرم .

أما المالكية فلم يجيزوا النظر إلا إلى وجهها ويديها دون سائر جسدها . هذا وقد اتفقوا على حرمة النظر بشهوة إلى محرمه الأنثى .

ج - إذا كانت المرأة أجنبية حرة فلايجوز النظر إليها بشهوة مطلقا ، أو مع خوف الفتنة بلا خلاف بين الفقهاء .

وذهب الحنفية إلى أنه لا يجوز نظر الأجنبي إلى سائر بدن الأجنبية الحرة إلا الوجه والكفين لقوله تبارك وتعالى : ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ [1] . إلا أن النظر إلى مواضع الزينة الظاهرة وهي الوجه والكفان رخص فيه بقوله تعالى : ﴿ولايبدين زينتهن إلا ماظهر منها﴾ [2] والمراد من الزينة مواضعها ، ومواضع الزينة الظاهرة : الوجه والكفان ، فالكحلُ زينة الوجه والخاتم زينة الكف ، ولأنها تحتاج إلى البيع والشراء والأخذ والعطاء ، ولايمكنها ذلك عادة إلا بكشف الوجه والكفين ، فيحل لها الكشف ، وهذا قول أبي حنيفة ، وروى الحسن عن أبي حنيفة أنه يحل النظر إلى القدمين .

والمالكية كالحنفية في جواز النظر إلى وجه الأجنبية وكفيها . أما النظر إلى القدمين فلا يجوز عندهم .

وذهب الشافعية إلى أنه يحرم نظر بالغ عاقل مختار ، ولو شيخا أو عاجزا عن الوطء أو مخنثا - وهو المتشبه بالنساء - إلى عورة أجنبية حرة كبيرة - وهي من بلغت حدا تشتهى فيه للناظر بلا خلاف لقوله تعالى : ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ والمراد بالعورة : ما عدا الوجه والكفين . .

وكذا يحرم عندهم : النظر إلى الوجه والكفين عند خوف فتنة تدعو إلى الاختلاء بها لجماع أو مقدماته بالإجماع كما قال إمام الحرمين .

وكذا يحرم عند الشافعية النظر إلى الوجه والكفين عند الأمن من الفتنة فيما يظهر له من نفسه من غير شهوة على الصحيح ، كذا في المنهاج للنووي .

ووجهه إمام الحرمين باتفاق المسلمين على منع النساء من الخروج سافرات الوجوه ، وبأن النظر مظنة الفتنة ومحرك للشهوة ، وقد قال تعالى : ﴿قل للمؤمنين يغضوا من أبصارهم﴾ واللائق بمحاسن الشريعة سد

(١) سورة النور / ٣٠ .
(٢) سورة النور / ٣١ .

الباب والإعراض عن تفاصيل الأحوال كالخلوة بالأجنبية .

والوجه الثاني عند الشافعية : أنه لا يحرم ، ونسبه إمام الحرمين لجمهور الشافعية ، ونسبه الشيخان للأكثرين ، وقال الإسنوي في المهمات : إنه الصواب لكون الأكثرين عليه ، وقال البلقيني : الترجيح بقوة المدرك ، والفتوى علي ما في المنهاج .

وذهب الحنابلة إلى تحريم نظر الرجل إلى جميع بدن الأجنبية من غير سبب في ظاهر كلام أحمد . وقال القاضي : يحرم عليه النظر إلى ما عدا الوجه والكفين ، لأنه عورة ، ويباح له النظر إليهما مع الكراهة إذا أمن الفتنة ونظر لغير شهوة .

هذا وقد اتفق الفقهاء على أن النظر إلى المرأة بشهوة حرام ، سواء أكانت محرماً أم أجنبية عدا زوجته ومن تحل له .

وكذا يحرم نظر الأجنبية إلى الأجنبي إذا كان بشهوة [1] .

اللمس بشهوة :

١٢ ـ متى حرم النظر حرم المس بشهوة ؛ لأن المسّ أبلغ من النظر في إثارة الشهوة ، وما حلّ نظره من ذكر أو أنثى حلّ لمسه إذا أمن الشهوة على نفسه وعليها ، وإن لم يأمن ذلك أو شك فلايحل له النظر واللمس .

أما الأجنبية فلايحل مس وجهها وكفيها وإن أمن الشهوة ؛ لأنه أغلظ من النظر[1] . وتفصيله في مصطلح (لمس ومسّ) .

أثر الشهوة في النكاح :

١٣ ـ ذهب الحنفية والحنابلة إلى : أن حرمة المصاهرة تثبت بالزنى .

وزاد الحنابلة اللواط في رواية .

والصحيح عندهم أن اللواط لاينشر الحرمة ، لأن المحرمات باللواط غير منصوص عليهن في التحريم ، فيدخلن في عموم قوله تعالى : ﴿وأحل لكم ماوراء ذلكم﴾ [2] .

وذهب الحنفية إلى : أن حرمة المصاهرة كما تثبت بالزنى تثبت بالمسّ والنظر بشهوة . فيحرم أصل ممسوسة بشهوة ولو لشعر على الرأس بحائل لايمنع الحرارة ، وكذا يحرم أصل ماسّته .

ويحرم أيضا نكاح الناظرة بشهوة إلى ذكر ، والمنظور إلى فرجها بشهوة .

وتفصيل ذلك في مصطلح (زنى ، لواط ،

---

(١) بدائع الصنائع ١١٩/٥ ـ ١٢٤ ، والشرح الكبير ٢١٥/٢ ، ومغني المحتاج ١٢٨/٣ ـ ١٢٩ ، والمغني ٥٥٢/٦ ـ ٥٦٠ .

(١) ابن عابدين ٢٣٥/٥ ، ومغني المحتاج ١٣٢/٣ ـ ١٣٣ ، وكشاف القناع ١٥/٥ ـ (ط . دار الفكر .)

(٢) سورة النساء / ٢٤ .

نظر، نكاح) والعبرة للشهوة عند المسّ والنظر لابعدهما [١].

حد الشهوة :

١٤ ـ حدّ الشهوة في النظر والمسّ تحرك الآلة أو زيادة التحرك إن كان موجودا قبلها ، وبه يفتى عند الحنفية [٢].

والتفصيل في مصطلح (لواط ، ونكاح) .

أثر الشهوة في الرجعة :

١٥ ـ ذهب جمهور الفقهاء : الحنفية والمالكية والحنابلة إلى : أن الرجعة تحصل بالقول والفعل ، ويقصدون بالفعل : الوطء ومقدماته ، ومقدمات الوطء لاتخلو عن مس بشهوة .

وذهب الشافعية إلى أن الرجعة لاتحصل بالفعل كالوط ومقدماته [٣]. بل لابد فيها من القول قياسا على عقد الزواج فإنه لايصح إلا بالقول الدال عليه .

وتفصيل الخلاف فيه في مصلح (رجعة) .

(١) البدائع ٢ / ٢٦٠ ـ ١٦١ ، والمغني ٦ / ٥٧٧ .

(٢) ابن عابدين ٢ / ٢٨٠ .

(٣) ابن عابدين ٢ / ٥٣٠ ، والشرح الصغير ٢ / ٦٠٦ ، والقوانين الفقهية ص ٢٣٩ ومغني المحتاج ٣ / ٣٣٧ ، وكشاف القناع ٥ / ٣٤٣ .

كسر الشهوة :

١٦ ـ من أراد الزواج ولم يستطع ، يكسر شهوته بالصوم لقوله عليه الصلاة والسلام : «يامعشر الشباب من استطاع الباءة فليتزوج ؛ فإنه أغض للبصر وأحصن للفرج ، ومن لم يستطع فعليه بالصوم ، فإنه له وجاء» [١].

فمن لم يجد أهبة النكاح يكسرها بالصوم ، ولايكسرها بنحو كافور بل يكره له ذلك . ويكره أن يحتال في قطع شهوته ، لأنه نوع من الخصاء ، إن غلب على الظن أنه لايقطع الشهوة بالكلية بل يفترها في الحال ، ولو أراد إعادتها باستعمال ضد الأدوية لأمكنه ذلك ، فان كان يقطع الشهوة حرم [٢].

وتفصيله في مصطلح (نكاح) .



(١) حديث : «يا معشر الشباب من استطاع الباءة» . أخرجه البخاري (الفتح ٩ / ١١٢ ـ ط . السلفية) ومسلم (٢ / ١٠١٨ ـ ط . الحلبي) من حديث عبد الله بن مسعود .

(٢) نهاية المحتاج ٦ / ١٧٩ ، ٨ / ٤١٦ ـ ٤١٧ ، والجمل ٥ / ٤٩١ ، وأسنى المطالب ٣ / ١٠٧ ، ومطالب أولي النهى ٥ / ٥ .

شَهِيد

التعريف :

١ - الشهيد لغة : الحاضر . والشاهد ، العالم الذي يبين ماعلمه ، ومنه قوله تعالى : ﴿شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت﴾ [١]. والشهيد من أسماء الله تعالى - ومعناه الأمين في شهادته والحاضر .

والشهيد المقتول في سبيل الله ، والجمع شهداء . قال ابن الأنباري سمي الشهيد شهيداً لأن الله وملائكته شهدوا له بالجنة [٢]. وقيل : لأنه يكون شهيدا على الناس بأعمالهم [٣].

والشهيد في اصطلاح الفقهاء : من مات من المسلمين في قتال الكفار وبسببه [٤].

ويلحق به في أمور الآخرة أنواع يأتي بيانها .

منزلة الشهيد :

٢ - الشهيد له منزلة عالية عند الله - سبحانه وتعالى - يشهد بها القرآن الكريم في عدد من الآيات منها :

قوله تعالى : ﴿ولاتحسبن الذين قتلوا في سبيل الله أمواتا بل أحياء عند ربهم يرزقون ، فرحين بما آتاهم الله من فضله ويستبشرون بالذين لم يلحقوا بهم من خلفهم ألا خوف عليهم ولا هم يحزنون ، يستبشرون بنعمة من الله وفضل وأن الله لايضيع أجر المؤمنين﴾ [١].

وقوله تعالي : ﴿فليقاتل في سبيل الله الذين يشرون الحياة الدنيا بالآخرة ، ومن يقاتل في سبيل الله فيقتل أو يغلب فسوف نؤتيه أجرا عظيما﴾ [٢].

ويشهد بهذه المنزلة الأحاديث الصحيحة منها :

ما روى أنس بن مالك عن النبي ﷺ قال : «ما أحد يدخل الجنة يحب أن يرجع إلى الدنيا وله ما على الأرض من شيء إلا الشهيد يتمنى أن يرجع إلى الدنيا فيقتل عشر مرات لما يرى من الكرامة» [٣].

وما روى أبو الدرداء - رضي الله عنه عن -

---

(١) سورة المائدة /١٠٦ .
(٢) لسان العرب .
(٣) القرطبي ٢١٨/٤ .
(٤) مغني المحتاج ٣٥٠/١ ، وانظر ابن عابدين ٦٠٧/١ ، ٦٠٨ .

---

(١) سورة آل عمران ١٧٠-١٧١ .
(٢) سورة النساء /٧٤ .
(٣) حديث : «ما أحد يدخل الجنة يحب أن يرجع الى الدنيا . .»
أخرجه البخاري (الفتح ٣٢/٦ - ط السلفية) ومسلم (١٤٩٨/٣ - ط . الحلبي) .

النبي ﷺ قال : «يشفع الشهيد في سبعين من أهل بيته»[١] .

وفي حديث آخر: «للشهيد عند الله ست خصال ، يُغفر له في أول دفعة ، ويرى مقعده من الجنة ، ويجار من عذاب القبر ، ويأمن من الفزع الأكبر ، ويوضع على رأسه تاج الوقار ، الياقوتة منها خير من الدنيا وما فيها ، ويزوج اثنتين وسبعين زوجة من الحور ، ويشفع في سبعين من أقاربه»[٢] .

أقسام الشهيد :

٣ - الشهيد على ثلاثة أقسام : الأول شهيد الدنيا والآخرة ، والثاني شهيد الدنيا ، والثالث شهيد الآخرة[٣] .

فشهيد الدنيا والآخرة هو الذي يقتل في قتال مع الكفار ، مقبلا غير مدبر ، لتكون كلمة الله هي العليا ، وكلمة الذين كفروا

(١) حديث : «يشفع الشهيد في سبعين من أهل بيته» أخرجه أبو داود (٣٤/٢ - تحقيق عزت عبيد دعاس) وابن حبان (الإحسان ٨٤/٧ ط. دار الكتب العلمية) واللفظ لأبي داود، وصححه ابن حبان .

(٢) حديث : «للشهيد عند الله ست خصال» أخرجه الترمذي (١٨٧/٤ - ١٨٨ ط. الحلبي) وقال : «حديث حسن صحيح» .

(٣) مغنى المحتاج ٣٥٠/١، نشر المكتبة الاسلامية. حاشية رد المحتار ٢٥٢/٢ الطبعة الثانية . حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٤٢٥/١ طبع دار إحياء الكتب العربية. المغني لابن قدامة ٣٩٣/٢-٣٩٩، نشر مكتبة القاهـرة .

هي السفلى ، دون غرض من أغراض الدنيا[١] .

ففي الحديث عن أبي موسى - رضي الله عنه - قال : (إن رجلا أتى النبي ﷺ فقال مستفهما : الرجل يقاتل للمغنم ، والرجل يقاتل للذكر ، والرجل يقاتل ليرى مكانه ، فمن في سبيل الله ؟ قال عليه الصلاة والسلام : من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا ، فهو في سبيل الله)[٢] .

أما شهيد الدنيا : فهو من قتل في قتال مع الكفار وقد غلَّ في الغنيمة ، أو قاتل رياء ، أو لغرض من أغراض الدنيا .

وأما شهيد الآخرة : فهو المقتول ظلما من غير قتال ، وكالميت بداء البطن ، أو بالطاعون ، أو بالغرق ، وكالميت في الغربة ، وكطالب العلم إذا مات في طلبه ، والنفساء التي تموت في طلقها ، ونحو ذلك . واستثني من الغريب العاصي بغربته ، ومن الغريق العاصي بركوبه البحر كأن كان الغالب فيه عدم السلامة ، أو ركوبه لإتيان معصية من

(١) مغنى المحتاج ٣٥٠/١ .

(٢) حديث : «من قاتل لتكون كلمة الله هي العليا فهو في سبيل الله . . .» أخرجه البخاري (الفتح ٢٨/٦ - ط السلفية) ومسلم (١٥١٢/٣-١٥١٣ ط. الحلبي) .

المعاصي ، ومن الطلق الحامل بزنى [١].

فعن أبي هريرة - رضى الله عنه - أن رسول الله ﷺ قال : «الشهداء خمسة : المطعون ، والمبطون ، والغرِق ، وصاحب الهدم ، والشهيد في سبيل الله» [٢]. وعن أنس بن مالك - رضي الله عنه - عن النبي ﷺ قال : «الطاعون شهادة لكل مسلم» [٣]. وفي حديث أن رسول الله ﷺ قال : «من قتل دون ماله فهو شهيد» [٤].

غسل الشهيد والصلاة عليه :

٤ - ذهب جمهور الفقهاء : إلى أن شهيد المعترك لايغسل ، خلافا لما ذهب إليه الحسن البصري ، وسعيد بن المسيب ، إذ قالا بغسله [٥].

أما الصلاة عليه فيرى الحنفية وجوبها [٦] وهو ماقال به الخلال والثوري ، وروي عن أحمد بن حنبل القول باستحبابها [١].

ويستدل الحنفية للزوم الصلاة بما روى ابن عباس وابن الزبير أنه عليه الصلاة والسلام صلى علي شهداء أحد ، وكان يؤتى بتسعة تسعة ، وحمزة عاشرهم ، فيصلي عليهم . وقالوا : إنه صلى الله عليه وسلم صلى على غيرهم [٢].

وعن شداد بن الهاد ، أن رجلا من الأعراب جاء إلي النبي ﷺ فآمن به واتبعه ثم قال : أهاجر معك . فأوصى به النبي ﷺ بعض أصحابه ، فلما كانت غزوة ، غنم النبي ﷺ سبيا فقسم وقسم له ، فأعطى أصحابه ماقسم له ، وكان يرعى ظهرهم . فلما جاء دفعوه إليه فقال : ماهذا ؟ قالوا : قسم قسمه لك النبي ﷺ ، فأخذه فجاء به إلي النبي ﷺ فقال : ماهذا ؟ قال : قسمته لك ، قال : ما على هذا اتبعتك ، ولكني اتبعتك على أن أُرمى إلى ههنا ، وأشار إلى

---

(١) مغني المحتاج ١/٣٥٠ .

(٢) حديث : «الشهداء خمسة : المبطون . . .» أخرجه البخاري (الفتح ٦/١٤٤ ط : السلفية) ومسلم (٣/١٥٢١ ط. الحلبي) .

(٣) حديث : «الطاعون شهادة لكل مسلم» أخرجه البخاري (الفتح ١٠/١٨٠ - ط السلفية) ومسلم (٣/١٥٢٢ - ط. الحلبي) .

(٤) حديث : «من قتل دون ماله فهو شهيد» أخرجه البخاري (الفتح ٥/١٢٣ - ط السلفية) ومسلم (١/١٢٥ - ط. الحلبي) .

(٥) المغني لابن قدامة ٢/٣٩٣، بداية المجتهد ١/٢٣٢ ، نشر مكتبة الكليات الأزهرية .

(٦) تبيين الحقائق ١/٢٤٧ .

---

(١) المغني ٢/٣٩٣ .

(٢) حديث ابن عباس وابن الزبير أنه عليه الصلاة والسلام صلى على شهداء أحد . أخرجها الطحاوى في شرح المعاني (١/٥٠٣ - ط مطبعة الأنوار المحمدية) وإسناد حديث ابن الزبير حسن ، وحديث ابن عباس قال ابن حجر عن أحد رواته : «فيه ضعف يسير» كذا في التلخيص (٢/١١٧ - ط شركة الطباعة الفنية) .

حلقــه ، بسهم فأمـوت فأدخـل الجنـة . فقـال : إن تصـدق الله يصـدقك . فلبثوا قليلا ثم نهضوا في قتال العدو فأتي به النبي ﷺ يحمل قد أصابه سهم حيث أشار . فقال النبي ﷺ : أهو هو؟ قالوا : نعم ، قال : صدق الله فصدقه . ثم كفنه النبي ﷺ في جبة النبي ﷺ ، ثم قدمه فصلى عليه فكان فيما ظهـر من صلاتـه : اللهم هذا عبـدك خرج مهـاجرا في سبيلك فقتل شهيدا ، أنا شهيد علي ذلك [١] .

وبما روي عن عقبة بن عامر ـ رضي الله عنه ـ قال : أنه عليه الصلاة والسلام خرج يوما فصلى على أهل أحد صلاته على الميت ثم انصرف إلى المنبر[٢] . وقالوا : إن الصلاة على الميت شرعت إكـراما له ، والطاهر من الذنب لايستغني عنها ، كالنبي والصبي .

أمـا المـالكية فيرون عدم غسله والصلاة عليه ، ونص بعضهم على تحريمهما [٣] .

قال الشـافعية [١] : يحرم غسـل الشهيد والصلاة عليه لأنه حي بنص القرآن ، ولما ورد عن جابـر أن النبي ﷺ أمـر في قتـلى أحد بدفنهم ، ولم يغسلوا ولم يصل عليهم [٢] . وجاء من وجوه متواترة أن النبي ﷺ لم يصل عليهم وقال في قتلى أحد : « زملوهم بدمائهم » [٣] .

ولعل ترك الغسل والصلاة على من قتله جماعـة المشركين إرادة أن يلقوا الله جل وعز بكلومهم لما جاء فيه عن النبي ﷺ أن ريح الكلم ريح المســك واللون لون الــدم [٤] واستغنوا بكرامة الله جل وعز عن الصلاة لهم مع التخفيف على من بقي من المسلمين لما يكون فيمن قاتل بالزحف من المشركين من الجـراح وخـوف عودة العـدو ورجاء طلبهم وهمهم بأهليهم وهم أهليهم بهم .

والحكمة في ذلك إبقاء أثر الشهادة عليهم

(١) حديث شداد بن الهاد : آن رجلا من الأعراب .
أخرجه النسائي (٤/ ٦٠-٦١ ط المكتبة التجارية) وإسناده صحيح .

(٢) حديث عقبة بن عامر : أنه خرج يوما فصلى على أهل أحد .
أخـرجه البخاري (الفتح ٣/ ٢٠٩ـ ط السلفية) ومسلم (٤/ ١٧٩٥ـ ط. الحلبي) .

(٣) شرح الخـرشي ٢/ ١٤٠ ، حاشية الـدسوقي على الشرح الكبيـر ١/ ٤٢٥ ، شرح منح الجليل على مختصر خليل للشيخ محمد عليش ١/ ٣١٢ .

(١) مغنى المحتاج ١/ ٣٤٩ .

(٢) حديث جابر : أن النبي ﷺ أمر في قتلى أحد بدفنهم . .
أخرجه البخاري (الفتح ٣/ ٢٠٩ـ ط السلفية) .

(٣) حديث : زملوهم بدمائهم . . » .
أخـرجـه النسـائي (٤/ ٧٨ ـ ط. المكتبة التجارية) من حديث عبد الله بن ثعلبة ، وإسناده صحيح .

(٤) ماورد أن ريح الكلْم ريح المسك .
أخـرجـه البخارى (الفتح ٦/ ٢٠ ـ ط السلفية) ومسلم (٣/ ١٤٩٨، ١٤٩٩ ، ط. الحلبي) من حديث أبي هريرة .

والتعظيم لهم باستغنائهم عن دعاء القوم [(١)] .

وورد عن النبي ﷺ أنه قال : « ليس شيء أحب إلى الله من قطرتين وأثرين قطرة من دموع في خشية الله ، وقطرة دم تهراق في سبيل الله ، أما الأثران فأثر في سبيل الله ، وأثر في فريضة من فرائض الله [(٢)] .

وجمهور الحنابلة يرون حرمة غسله ، وهي رواية عن الإمام أحمد ، غير أن منهم من يرى كراهته ، أما الصلاة فلا يصلى عليه في أصح الروايتين لديهم . وفي رواية عندهم تجب الصلاة عليه ، ومال إلى هذا بعض علمائهم منهم الخلال ، وأبو الخطاب وأبو بكر بن عبد العزيز في التنبيه [(٣)] .

ضابط الشهيد الذي لا يغسل ولا يصلى عليه :

٥ ـ ذهب الفقهاء إلى أن : من قتله المشركون في القتال ، أو وجد ميتا في مكان المعركة وبه أثر جراحه أو دم ، لايغسل لقوله ﷺ في شهداء أحد : « زملوهم بكُلُومهم ودمائهم ولاتغسلوهم » [(١)] ، ولم ينقل خلاف في هذا إلا ماروي عن الحسن ، وسعيد ابن المسيب [(٢)] . واختلفوا في غير من ذكر ، فذهب المالكية والشافعية إلى : أن كل مسلم مات بسبب قتال الكفار حال قيام القتال لايغسل ، سواء قتله كافر ، أو أصابه سلاح مسلم خطأ ، أو عاد إليه سلاحه ، أو سقط عن دابته ، أو رمحته دابة فمات ، أو وجد قتيلا بعد المعركة ولم يعلم سبب موته ، سواء كان عليه أثر دم أم لا ، ولا فرق في ذلك بين الرجل والمرأة ، والحرّ والعبد ، والبالغ والصبي [(٣)] .

وقال الحنفية : يغسل كل مسلم قتل بالحديد ظلما وهو طاهر بالغ ، ولم يجب عوض مالي في قتله ، فإن كان جنبا أو صبيا ، أو وجب في قتله قصاص ، فإنه يغسل ، وإن وجد قتيلا في مكان المعركة ، فإن ظهر فيه أثر لجراحة ، أو دم في موضع غير معتاد كالعين فلا يغسل .

ولو خرج الدم من موضع يخرج الدم عادة

---

(١) الأم ١/٢٣٧ ، ومغني المحتاج ١/٣٤٩ ، ٣٥٠ .

(٢) حديث : «ليس شيء أحب إلى الله من قطرتين ..» أخرجه الترمذي (٤/١٩٠ ـ ط. الحلبي) من حديث أبي أمامة ، وقال : «حديث حسن غريب» .

(٣) الإنصاف في مسائل الخلاف للمرداوى ١/٣٩٩ ، ٥٠٠ الطبعة الأولى ، والمغني ٢/٣٩٣ .

---

(١) حديث : « زملوهم . . . » . سبق تخريجه ف ٤ .

(٢) فتح القدير ٢/١٠٢ ، الفتاوى الهندية ١/١٦٧ ، مواهب الجليل ٢/٢٤٦ ، وروضة الطالبين ٢/١١٨ ، المجموع ٥/٢٦٠ ، المغني ٢/٥٢٨ ، الإنصاف ٢/٤٩٨ .

(٣) المجموع ٥/٢٦٠ ، روضة الطالبين ٢/١١٨ ، مواهب الجليل ٢/٢٤٦ ـ ٢٤٧ .

منه بغير آفة في الغالب كالأنف ، والدبر والذكر فيغسل . والأصل عندهم في غسل الشهيد : أن كل من صار مقتولا في قتال أهل الحرب أو البغاة ، أو قطاع الطريق ، بمعنى مضاف إلى العدو كان شهيدا ، سواء بالمباشرة أو التسبب ، وكل من صار مقتولا بمعنى غير مضاف إلى العدو لايكون شهيدا . فإن سقط من دابته من غير تنفير من العدو أو انفلتت دابة مشرك وليس عليها أحد فوطئت مسلما ، أو رمى مسلم الى العدو فأصاب مسلما ، أو هرب المسلمون فألجأهم العدو إلى خندق ، أو نار ، أو جعل المسلمون الحسك [1] حولهم ، فمشوا عليها ، في فرارهم ، أو هجومهم على الكفار فماتوا يغسلون ، وكذا إن صعد مسلم حصنا للعدو ليفتح الباب للمسلمين ، فزلت رجله فمات ، يغسل [2] .

وقال الحنابلة : لايغسل الشهيد سواء كان مكلفا أو غيره إلا إن كان جنبا أو امرأة حائضا أو نفساء طهرت من حيضها ، أو نفاسها ، وإن سقط من دابته أو وجد ميتا ولا أثر به ، أو سقط من شاهق في القتال أو رفسته دابة فمات منها ، أو عاد إليه سهمه فيها ، فالصحيح في المذهب في ذلك كله أنه : يغسل ، إذا لم يكن ذلك من فعل العدو ، ومن قتل مظلوما ، بأي سلاح قتل ، كقتيل اللصوص ونحوه يلحق بشهيد المعركة ، فلا يغسل في أصح الروايتين عن أحمد [1] .

وقال الشافعية ، والمالكية : يغسل من قتله اللصوص ، أو البغاة .

أما من مات في غير ماذكر من الذين ورد فيهم أنهم شهداء : كالغريق ، والمبطون ، والمرأة التي ماتت في الولادة ، وغير ذلك فإنهم شهداء في الآخرة ، ولكنهم يغسلون باتفاق الفقهاء [2] .

إزالة النجاسة عن الشهيد :

٦ - ذهب المالكية والشافعية والحنابلة إلى : أنه إذا كان على الشهيد نجاسة غير دم الشهادة تغسل عنه ، وإن أدى ذلك إلى إزالة دم الشهادة ، لأنها ليست من أثر العبادة ، وفي قول عند الشافعية ، ولاتغسل النجاسة إذا كانت تؤدى إلى إزالة دم الشهادة . [3]

وسبق أن النجاسة تغسل عن الشهيد عند الحنفية .

---

(١) الحسك : مايعمل من الحديد على مثال الشوك ويلقى حول العسكر ويبث في ممرات الخيل فينشب في حوافرها .

(٢) الفتاوى الهندية ١/١٦٧ .

(١) الإنصاف ٢/٥٠١،٥٠٢ ومابعده .

(٢) المجموع ٥/٢٦٠ ، وروضة الطالبين ٢/١١٨ ، ومواهب الجليل ٢/٢٤٦ .

(٣) أسنى المطالب ١/٣١٥، روضة الطالبين ٢/١٢٠ ، الإنصاف ٢/٤٩٩ ، مواهب الجليل ٢/٢٤٩ .

موت الشهيد بجراحه في المعركة :

٧ - المُرْتَثُّ : وهو من جرح في القتال ، وقد بقيت فيه حياة مستقرة ثم مات يغسل وإن قُطع أن جراحته ستؤدي إلى موته (١) .

وينظر التفصيل في : (ارتثاث ٣/ ٩ .

تكفين الشهيد :

٨ - شهيد القتال مع الكفار لايكفن كسائر الموتى بل يدفن في ثيابه التي كانت عليه في المعركة بعد نزع آلة الحرب عنه . لحديث : « زملوهم بدمائهم » ، وفي رواية « في ثيابهم » .

وتفصيل ذلك في مصطلح : (تكفين ف ١٤) .

دفن الشهيد :

٩ - من السنة أن يدفن الشهداء في مصارعهم ، ولا ينقلون إلى مكان آخر ، فإن قوما من الصحابة نقلوا قتلاهم في واقعة أحد إلى المدينة ، فنادى منادي رسول الله ﷺ بالأمر برد القتلى إلى مصارعهم (٢) .

فقد قال جابر : « فبينا أنا في النظارين إذ جاءت عمتى بأبي وخالي عادلتهما على ناضح ، فدخلت بهما المدينة لتدفنهما في مقابرنا ، إذ لحق رجل ينادي ، ألا إن النبي ﷺ يأمركم أن ترجعوا بالقتلى فتدفنوها في مصارعها حيث قتلت : فرجعنا بهما فدفناهما حيث قتلا . . » (١) .

دفن أكثر من شهيد في قبر واحد :

١٠ - يجوز دفن الرجلين أو الثلاثة في القبر الواحد ، فإن رسول الله ﷺ كان يجمع بين الرجلين من قتلى أحد في ثوب واحد ، ثم يقول : أيهم أكثر أخذا للقرآن ؟ فإذا أشير له إلى أحدهما قدمه في اللحد ، وقال : أنا شهيد على هؤلاء يوم القيامة ، وأمر بدفنهم في دمائهم ، ولم يصل عليهم ولم يغسلهم » (٢) .

ودفن عبد الله بن عمرو بن حرام وعمرو ابن جموح في قبر واحد ، لما كان بينهما من المحبة ، إذ قال عليه الصلاة والسلام : « ادفنوا هذين المتحابين في الدنيا في قبر واحد » (٣) .

وتفصيله في مصطلح (دفن ف ١٤) .

---

(١) أسنى المطالب ١/ ٣١٥ ، الإنصاف ٢/ ٥٠٢ ، رد المحتار ١/ ٦١٠ ، مواهب الجليل ٢/ ٢٤٨ .

(٢) البدائع ١/ ٣٤٤ ، ابن عابدين ١/ ٦١٠ ، وجواهر الإكليل ١/ ١١١ ، والقليوبي ١/ ١٣٩ ، وروضة الطالبين ٢/ ١٢٠ ، ١٣١ ، والمغنى ٢/ ٥٠٩ ، ٥٣١ ، ٥٣٢ .

---

(١) حديث جابر : بينا أنا في النظارين

أخرجه أحمد (٣/ ٣٩٨ - ط الميمنية) وإسناده حسن .

(٢) حديث : «أيهم أكثر أخذا في القرآن»

أخرجه البخاري (الفتح ٣/ ٢١٢ - ٢١٧ - ط. السلفية) .

(٣) زاد المعاد في هدي خير العباد ٢/ ١٠٩ ، طبع سنة ١٣٩٠ هـ - ١٩٧٠ م والبدائع ١/ ٣١٩ ، وابن عابدين ١/ ٥٩٨ ، والدسوقي ١/ ٤٢٢ ، وجواهر الإكليل ١/ ١١٤ ، والروضة ٢/ ١٣٨ ، وكشاف القناع ٢/ ١٤٣ ، والمغني ٢/ ٥٦٣ ، وحديث : «ادفنوا هذين المتحابين في الدنيا»

أخرجه ابن سعد في الطبقات (٣/ ٥٦٢ - ط. بيروت) وإسناده حسن .

شُـورَى

التعريـف :

١ - الشورى لغة : يقال : شاورته في الأمر واستشرته : راجعته لأرى رأيه فيه واستشاره : طلب منـه المشـورة . وأشار عليه بالرأى . وأشار يشير إذا وجه الرأى، وأشار إليه باليد : أو مأ [١] .

الألفاظ ذات الصلة :

أ - الـرأي :

٢ - الـرأي : العقـل والتـدبـير والاعتقاد ، ورجل ذو رأي أي : بصيرة وحذق بالأمـور[٢] .

ب - النصيحـة :

٣ - النصيحة : الإخلاص والصدق والمشورة والعمل .

نصـحـت لزيد ، أنـصـح نصـحـا ونصيحة ، هذه اللغـة الفصيحـة [٣] .

وفي الحديث : «الدين النصيحة قالوا : لمن ؟ قال : لله ولكتـابـه ولـرسـولـه ولأئمة المسلمين وعامتهم » [٤] .

الحكـم التكليفـي :

٤ - للعلماء في حكم الشـورى - من حيث هـي - رأيـان :

الأول : الوجوب : وينسب هذا القول للنووي ، وابن عطية ، وابن خويز منداد ، والرازي .

واستـدلوا بقوله تعالى : ﴿ وشاورهم في الأمر فإذا عزمت فتوكل على الله إن الله يحب المتوكلين ﴾ [١] وظاهر الأمر في قوله تعالى : ﴿ وشـاورهم ﴾ يقتضي الـوجـوب . والأمر للنبي ﷺ بالمشاورة ، أمر لأمته لتقتدي به ولا تراها منقصة ، كما مدحهم سبحانه وتعالى في قوله : ﴿ وأمرهم شورى بينهم ﴾ [٢] .

قال ابن خويز منداد : واجب على الولاة مشـاورة العلماء فيما لايعلمون ، وما أشكل عليهم من أمور الدين ، ووجوه الجيش فيما يتعلق بالحـرب ، ووجـوه الناس فيما يتعلق بالمصـالـح ، ووجـوه الكتـاب والـوزراء والعمال ، فيما يتعلق بمصالح البلاد وعمارتها .

قال ابن عطية : « والشـورى من قواعد الشريعة ، وعزائم الأحكام ، ومن لايستشير

---

(١) لسان العرب، والمصباح المنير- مادة (شور) .

(٢) لسان العرب مادة (رأى) والمصباح المنير مادة (روى) .

(٣) لسان العرب والمصباح المنير مادة (نصح) .

(٤) حديث : «الدين النصيحة . .» =

= أخرجه مسلم (١/ ٧٤ - ط الحلبي) من حديث تميم الداري .

(١) سورة آل عمران / ١٥٩ .

(٢) سورة الشورى / ٣٨ .

أهل العلم والدين فعزله واجب وهذا مما لا اختلاف فيه » .[١]

ولا يصح اعتبار الأمر بالشورى لمجرد تطييب نفوس الصحابة ، ولرفع أقدارهم ، لأنه لو كان معلوما عندهم أن مشورتهم غير مقبولة ، وغير معمول عليها مع استفراغهم للجهد في استنباط ما شوروا فيه ، لم يكن في ذلك تطييب لنفوسهم ولا رفع لأقدارهم ، بل فيه إيحاشهم وإعلامهم بعدم قبول مشورتهم[٢] .

الثاني : الندب . وينسب هذا القول لقتادة ، وابن اسحاق ، والشافعي ،والربيع .

واستدلوا بأن المعنى الذي من أجله أمر النبي ﷺ أن يشاور أصحابه في مكائد الحروب ، وعند لقاء العدو ، هو تطييب لنفوسهم ، ورفع لأقدارهم ، وتألفهم على دينهم ، - وإن كان الله قد أغناه عن رأيهم بوحيه .

ولقد كانت سادات العرب إذا لم يشاوروا في الأمر شق عليهم ، فأمر الله تعالى نبيه ﷺ أن يشاورهم ليعرفوا إكرامه لهم فتذهب أضغانهم . فالأمر في الآية محمول على الندب كما في قوله ﷺ : « البكر تستأمر »[١] ولو أجبرها الأب على النكاح جاز . لكن الأولى أن يستأمرها ، ويستشيرها تطييبا لنفسها ؛ فكذا ههنا[٢] .

حكم الشورى في حق النبي ﷺ :

٥ - ذكر الفقهاء في سياق عدهم لخصائص النبي ﷺ ، أن من الخصائص الواجبة في حقه المشاورة في الأمر مع أهله وأصحابه لقوله تعالى : ﴿ وشاورهم في الأمر ﴾[٣] ووجه اختصاصه ﷺ بوجوب المشاورة - مع كونها واجبة على غيره من أولى الأمر - ، أنه وجب عليه ذلك مع كمال علمه ومعرفته .

والحكمة في مشورته ﷺ لأصحابه : أن يستن بها الحكام بعده ، لا ليستفيد منهم علما أو حكما . فقد كان النبي ﷺ غنيا عن مشورتهم بالوحي ، كما أن في استشارتهم تطييبا لقلوبهم ، ورفعا لأقدارهم ، وتألفا لهم على دينهم . قال أبو هريرة - رضي الله عنه - : « ما رأيت من الناس أحدا أكثر مشورة لأصحابه من رسول الله ﷺ »[٤] .

---

(١) تفسير القرطبي ٢٤٩/٤، أحكام القرآن للجصاص ٤٨/٢، تفسير الفخر الرازي ٦٧/٩، مواهب الجليل ٣٩٥/٣ - ٣٩٦، بدائع السلك في طبائع الملك ٢٩٥/١ .

(٢) أحكام القرآن للجصاص ٤٩/٢ .

---

(١) حديث : «البكر تستأمر»
أخرجه مسلم (١٠٣٧/٢ - ط الحلبي) من حديث ابن عباس .

(٢) تفسير الفخر الرازي ٦٧/٩، وتفسير القرطبي ٢٥٠/٤، وأحكام القرآن للجصاص ٤٨/٢ .

(٣) سورة آل عمران / ١٥٩ .

(٤) حديث أبي هريرة : مارأيت من الناس أحدا أكثر مشورة =

٦ ـ واتفق الفقهاء على أن محل مشاورته ﷺ لاتكون فيما ورد فيه نص ؛ اذ التشاور نوع من الاجتهاد ولا اجتهاد في مورد النص .

أما ماعدا ذلك : فإن محل مشاورته ﷺ إنما هو في أخذ الرأى في الحروب وغيرها من المهمات مما ليس فيه حكم بين الناس ، وأما مافيه حكم بين الناس فلا يشاور فيه ، لأنه إنما يلتمس العلم منه ، ولاينبغي لأحد أن يكون أعلم منه ، بما أنزل عليه لأن الله سبحانه وتعالى يقول : ﴿ وأنزلنا اليك الذكر لتبين للناس مانزل إليهم ﴾ [1] .

أما في غير الأحكام فربما بلغهم من العلم مما شاهدوه أو سمعوه مالم يبلغ النبي ﷺ . وقد صح فى حوادث كثيرة أن النبي ﷺ استشار أصحابه في مهمات الأمور مما ليس فيه حكم . وأن النبي ﷺ شاور أصحابه في أمر الأذان وهو من أمور الدين فعن ابن عمر ـ رضى الله عنه ـ قال : « كان المسلمون حين قدموا المدينة يجتمعون فيتحيّنون الصلاة ليس ينادى لها ، فتكلموا يوما في ذلك ، فقال بعضهم اتخذوا ناقوسا مثل ناقوس النصارى ، وقال بعضهم : بل بوقا مثل قرن اليهود ، فقال عمر : أولا تبعثون رجلا ينادي بالصلاة ؟ فقال رسول الله ﷺ : يابلال قم فناد بالصلاة » [1]

ومن ذلك أنه أراد مصالحة عيينة بن حصن الفزاري والحارث بن عوف المري ، حين حصره الأحزاب في الخندق على أن يعطيهم ثلث ثمار المدينة ، ويرجعا بمن معهما من غطفان عنه ، فاستشار سعد بن معاذ ، وسعد بن عبادة ، فقالا له : يارسول الله أمرا تحبه فنصنعه أم شيئا أمرك الله به لابد لنا من العمل به أم شيئا تصنعه لنا ؟ قال : بل شيء أصنعه لكم ، فأشارا عليه ألا يعطيهما فلم يعطهما شيئا [2] .

كما استشار في أسارى بدر ، فأشار أبو بكر : بالفداء ، وأشار عمر بالقتل ، فعمل النبي ﷺ برأي أبي بكر ـ رضي الله عنه [3] وكان هذا قبل نزول آية الأنفال : ﴿ ماكان

= لأصحابه من رسول الله ﷺ .
أخرجه ابن أبي حاتم كما في الدر المنثور للسيوطي (٣٥٩/٢ ـ ط. داار الفكر) .

(١) سورة النحل /٤٤ .

(١) حديث ابن عمر: « كان المسلمون حين قدموا المدينة . . »
أخرجه البخاري. (الفتح ٧٧/٢ ـ ط السلفية) .

(٢) حديث : « أنه أراد مصالحة عيينة بن حصن الفزاري والحارث ابن عوف المري . . . »
أخرجه ابن اسحاق في السيرة من حديث الزهري مرسلا، كذا في البداية والنهاية لابن كثير (١٠٤/٤ ـ ١٠٥ ط مطبعة السعادة) .

(٣) حديث : « استشار في أسارى بدر . . » .
أخرجه مسلم (١٣٨٥ ـ ط الحلبي) من حديث عمر بن الخطاب .

لنبي أن يكون له أسرى حتى يثخن في الأرض ﴾ [1].

ولما نزل النبي ﷺ منزله ببدر قال له الحباب بن المنذر : يارسول الله أرأيت هذا المنزل؟ أمنزل أنزلكه الله ليس لنا أن نتقدمه ولانتأخر عنه؟أم هو الرأي والحرب والمكيدة ؟ فقال : بل هو الرأي والحرب والمكيدة، قال : إن هذا ليس لنا بمنزل ، فانهض بالناس ، حتى نأتي أدنى منزل من القوم فننزله ثم نغوّر ما وراءه من القُلُب ، ونبني لك حوضا فنملأه ماء ، ثم نقاتل الناس ، فنشرب ولا يشربون . فقال ﷺ : «لقد أشرت بالرأي » [2].

كما شاور النبي ﷺ عليا وأسامة - رضي الله عنهما - في قصة الإفك . وجاء في الحديث : أن النبي ﷺ قال : - وهو على المنبر- «ماتشيرون عليّ في قوم يسبون أهلي ؟ ماعلمت عليهم إلا خيرا» [3]وكان هذا قبل نزول براءة عائشة - رضي الله عنها - في سورة النور [4].

الشورى في القضاء :

٧ - ذهب جمهور الفقهاء : إلى أنه يندب للقاضي أن يستشير فيما يعرض عليه من الوقائع التي يشكل عليه أمرها إذا لم يتبين له فيها الحكم .

ومحل الشورى في القضاء هو فيما اختلفت فيه أقوال الفقهاء ، وتعارضت فيه آراؤهم في المسائل الداخلة في الاجتهاد .

أما الحكم المعلوم بنص ، أو إجماع ، أو قياس جليّ ، فلا مدخل للمشاورة فيه .

وفي قول عند المالكية : أن القاضي يؤمر بألا يقضي فيما سبيله الاجتهاد إلا بعد مشورة من يسوغ له الاجتهاد ؛ إذا لم يكن القاضي من أهل الاجتهاد .

وعلى القول بالندب ، فإن القاضي لايلزم بمشورة مستشاريه فإذا حكم باجتهاده فليس لأحد أن يعترض عليه لأن في ذلك افتياتا عليه وإن خالف اجتهاده ، إلا أن يحكم بما يخالف نصا من كتاب أو سنة ، أو إجماعا ، وذلك لوجوب نقض حكمه في هذه الحالة . ويشاور القاضي الموافقين والمخالفين من

---

(١) سورة الأنفال /٦٧ .

(٢) حديث : «نزول منزله ببدر واستشارته الحباب . . . » . أورده ابن هشام في السيرة (٢/ ٦٢٠ - ط الحلبي) نقلا عن ابن إسحاق باسناد فيه انقطاع .

(٣) حديث : « ماتشيرون علي في قوم يسبون أهلي . . » . أخرجه البخاري (الفتح ١٣/ ٣٤٠ - ط السلفية).

(٤) مطالب أولي النهى ٥/ ٣١ ، الخصائص للسيوطي=

= ٣/ ٢٥٦، حاشية الدسوقي ٢/ ٢١٢، أحكام القرآن للجصاص ٢/ ٤٩، ٥٠، تهذيب الرياسة وترتيب السياسة للقلعي ١٧٨ - ١٨١، نهاية المحتاج ٦/ ١٧٥ روضة الطالبين ٧/ ٣، الحطاب ٣/ ٣٩٥، الخرشي ٣/ ١٥٨ .

الفقهاء ، ويسألهم عن حججهم ليقف على أدلة كل فريق فيكون اجتهاده أقرب إلى الصواب [١] .

فإذا لم يقع اجتهاد القاضي على شيء ، وبقيت الحادثة مختلفة ومشكلة : كتب إلى فقهاء غير مصره ، فالمشاورة بالكتاب سنة قديمة فى الحوادث الشرعية [٢]

مايلزم المستشار فى مشورته :

٨ - على من استشير أن يصدق في مشورته لقول النبي ﷺ : «المستشار مؤتمن» [٣] ولقوله : «الدين النصيحة» [٤] .

وسواء استشير في أمر نفسه أم في أمر غيره ، فيذكر المحاسن والمساوىء كما يذكر العيوب الشرعية والعيوب العرفية .

ولايكون ذكر المساوىء من الغيبة المحرمة إن قصد بذكرها النصيحة .

وهذا الحكم شامل في كل ما أريد الاجتماع عليه ، كالنكاح ، والسفر ، والشركة ، والمجاورة ، وإيداع الأمانة ، والرواية عنه ، والقراءة عليه [١] .

ولفقهاء المذاهب تفصيل فى حكم ذكر المساوىء ، وفيما يلي بيانه :

ذهب المالكية إلى أنه يجوز لمن استشاره الزوج في التزوج بفلانة أن يذكر له مايعلمه فيها من العيوب ليحذره منها ، ويجوز لمن استشارته المرأة في التزوج بفلان أن يذكر لها مايعلمه فيه من العيوب لتحذر منه .

ومحل جواز ذكر المساوىء للمستشار إذا كان هناك من يعرف حال المسئول عنه غير ذلك المستشار ، وإلا وجب عليه البيان ؛ لأنه من باب النصيحة لأخيه المسلم ، وفي قول آخر : يجب عليه ذكر المساوىء مطلقا ، كان هناك من يعرف تلك المساوىء غيره ، أم لا [٢] .

وذهب الشافعية إلى وجوب ذكر المساوىء سواء استشير أو لم يستشر في النكاح والمبيع وغيرهما لكن بشرط سلامة العاقبة ، بأن يأمن الذاكر على نفسه وماله وعرضه .

وفي قول للشافعية : أن من استشير في أمر نفسه وجب ذكر العيب إن كان مما يثبت

(١) حاشية الجمل ٣٤٧/٥، الشرقاوي على التحرير ٤٩٤/٢، حاشية القليوبي ٣٠٢/٤، مواهب الجليل ٩٣/٦، كشاف القناع ٣١٥/٦، مطالب أولي النهى ٤٧٨/٦، حاشية ابن عابدين ٣٠٣/٤ .

(٢) حاشية ابن عابدين ٣٠٣/٤ .

(٣) حديث : «المستشار مؤتمن»
أخرجه الترمذى (٥٨٥/٤ - ط الحلبي) والحاكم (١٣١/٤ - ط دائرة المعارف العثمانية) من حديث أبي هريرة، وصححه الحاكم ووافقه الذهبي .

(٤) تقدم تخريجه ف ٣ .

(١) حاشية الدسوقي ٢٢٠/٢، حاشية ابن عابدين ٢٦٢/٥، مطالب أولي النهى ١١/٥، القليوبي وعميرة ٢١٤/٣، حواشي تحفة المحتاج ٢١٣/٧ .

(٢) الشرح الصغير ٣٤٨/٢ ط. ٢١٣/٧ (دار المعارف بمصر) .

به الخيار كالعُنَّـة وإلا فإن لم يكن معصية كبخل فيسن ذكره ، وإلا وجب عليه التوبة منه ، وستر نفسه [١] .

وقال الحنابلة : على من استشير في خاطب أو مخطوبة أن يذكر ما فيه من مساوىء أي عيوب وغيرها ، ولايكون ذكر المساوىء غيبة محرمة مع قصده بذكر ذلك النصيحة لحديث : «المستشار مؤتمن» وحديث : «الدين النصيحة» وإن استشير في أمر نفسه بينه وجوبا كقوله : عندي شح وخلقي شديد ونحوهما [٢] .

الشورى في عقد الإمامة الكبرى :

٩ ـ يجوز للإمام أن يجعل الخلافة من بعده شورى بين عدد محصور يعينهم فيرتضون بعد موته ـ أو في حياته بإذنه ـ أحدهم كما جعل عمر ـ رضي الله عنه ـ الأمر شورى بين ستة من الصحابة وهم : علي والزبير وعثمان وعبد الرحمن ابن عوف وسعد بن أبي وقاص وطلحة ـ رضي الله عنهم ـ وارتضوا بالتشاور بينهم على أن تكون الخلافة لعثمان من بينهم .

وعقد الإمامة بهذه الطريقة داخل في الاستخلاف إلا أنه يكون لواحد بعينه ، وهنا يكون في عدد محصور يعين الخليفة من بينهم بالتشاور .

والشورى ليست شرطا في عقد الإمامة .

ويجوز للإمام أن ينفرد بعقد البيعة لمن أداه اجتهاده إلى صلاحيته مالم يكن والدا ولا ولدا .

واختلف العلماء في اشتراط رضا أهل الاختيار به :

فمن العلماء من ذهب إلى أن رضا أهل الاختيار شرط في لزوم بيعته لأنها حق يتعلق بالأمة فلم تلزمهم بيعته إلا برضا أهل الاختيار منهم .

ومنهم من ذهب إلى عدم اعتبار رضا أهل الاختيار ، لأن بيعة عمر ـ رضي الله عنه ـ لم تتوقف على رضا الصحابة ، ولأن الإمام أحق بها ؛ فكان اختياره فيها أمضى .

أما إذا كان ولدا أو والدا فللعلماء في انفراد الإمام بعقد البيعة له دون استشارة ثلاثة مذاهب :

المذهب الأول :

لايجوز أن ينفرد بعقد البيعة لأحدهما حتى يشاور فيه أهل الاختيار ، فإذا رأوه أهلاً صح منه حينئذ عقد البيعة له ؛ لأن عقد البيعة تزكية تجري مجرى الشهادة ، وتقليده على الأمة يجري مجرى الحكم ؛ وهو لايجوز أن يشهد لوالد ولا لولد ، ولا يحكم لواحد منهما

---

(١) حواشي تحفة المحتاج ٢١٣/٧، القليوبي وعميرة ٢١٤/٣ .

(٢) مطالب أولي النهى ١١/٥ .

للتهمة العائدة إليه بما جبل من الميل إليه .

المـذهب الثانـي :

يجوز أن ينفرد بذلك ؛ لأن أمره نافذ للأمة فيغلب حكم المنصب على حكم النسب ، ولا تجد التهمـة طريقـا للطعن في أمانته ، فصار كأنه عهد بالإمامة إلى غير ولده ووالده .

المـذهب الثالـث :

يجوز أن ينفرد بعقد البيعة لوالده ولا يجوز لولده لأن الميل إلى الولد أكثر وأقوى من الميل إلى الوالد [1] .



(١) حاشية الجمـل ٥/١٢٠، كشاف القناع ٦/١٥٩، الغياثي للجويني ص ٥٥، الأحكام السلطانية للماوردي ٧، ١٠، حاشية ابن عابدين ٣/٣١٠ .

شَـوْرة

التعريـف :

١ - الشـورة في اللغـة : الحسن والجـمال ، والهيئة، واللباس . وقيل : الشُّورة بالضم : الهيئة والجمال ، والشَّورة بالفتح : اللباس ، ففي الحديث : «أنه أقبل رجل وعليه شورة حسنة» [1] .

قال ابن الأثير : الشُّورة بالضم : الجمال والحسن ، كأنه من الشَّور وهو عرض الشيء وإظهـاره . ويقـال لها أيضا : الشارة وهي الهيئة ، وفي حديث ابن اللّتْبيّة أنه جاء بشوار كثـير [2] قال ابن الأثـير : الشّـوار متـاع البيت [3] وفي الاصـطلاح : الشّـورة متـاع

(١) حديث : «أقبل رجل وعليه شورة حسنة» أخرجه البخاري (الفتح ٦/٤٧٦ ـ ط السلفية) ومسلم (٤/١٩٧٧ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة إلا أنه عندهما : «شارة» .

(٢) حديث ابن اللتبية أنه جاء بشوار كثير. أخرج أصل الحديث البخاري (١٣/١٦٤ ـ الفتح ط السلفية) ومسلم (٢/١٤٦٤ ـ ط الحلبي) من حديث أبي حميد السـاعـدي وليس فيهـا هذا اللفظ المـذكور، وفي مسلم : « فجاء بسواد كثير » وذكر هذه اللفظة ابن الأثير في «النهـاية» (٢/٥٠٨ ـ ط الحلبي) ولم يعـزها إلى أي مصدر كعادته .

(٣) لسان العرب ، ونهاية ابن الأثير .

البيت ؛ من فراش وغطاء ، ولباس [١] .

الألفاظ ذات الصلة :

الجهـــاز :

٢ - الجهـاز هو : ماتـزف به المرأة إلى بيت الزوجية من متاع ، أو يملكها إياه زوجها [٢] .

الحكـم الإجمالـى :

٣ - يجب للزوجـة على زوجها كل ماتقوم به حياة الإنسان : من نفقة ، وكسوة ، وسائر مايحتـاج إليه الإنسان في حياته من المتاع : كالفـراش ، والغطاء ، وسائر الأدوات التي تحتـاج إليهـا : كآلـة الطحن ، والـطبـخ كالقـدر ، وآنية الشرب ، وغـير ذلـك مما لايستغنى عنـه الإنسـان ، وهـو ماعبّر عنه المالكية بالشّورة . وهذا محل اتفاق بين الفقهاء [٣] .

قال الله تعالى : ﴿ وعلى المولود له رزقهن وكسوتهن بالمعروف ﴾ [٤] .

(١) شرح الزرقاني ٤/٢٤٤ - ٢٤٧ .
(٢) لسان العرب بتصرف .
(٣) نهاية المحتاج ٧/١٩٣ - ١٩٤ وشرح الزرقاني ٤/٢٤٤ - ٢٤٥ ومابعده، المغني ٧/٥٦٨، وابن عابدين ٢/٦٥٢ .
(٤) سورة البقرة /٢٣٣ .

والآية في الرزق والكسوة ، ويقاس عليهما مايحتاج إليه من المتاع .

والتـفصيـل فـى (نفقـة) .

انتفاع الزوج بشورة زوجته :

٤ - قال جمهـور الـفقهـاء : ليس للزوج الانتفـاع بما تملكـه الـزوجـة من متـاع كالفراش ، والأواني ، وغيرها بغير رضاها ، سواء ملّكهـا إياه هو ، أم ملكته من طريق آخر، وسواء قبضت الصداق ، أم لم تقبضه [١] .

ولها حق التصرف فيما تملكه بما أحبت من الصـدقـة ، والهبـة ، والمعاوضة ، مالم يعد ذلك عليها بضـرر [٢] .

وقـال المـالكية : إن قبضت الـزوجـة صداقها فللزوج التمتع بشورتها فيلبس من الثياب مايجـوز له لبسـه ، ولـه النـوم على فراشهـا ، والانتفـاع بسـائـر الأدوات التي تملكها ، ولو بغير رضاها . سواء تمتع بالشورة معهـا أو وحده وتمتعه بشورتها حق له ، فله منـعـهـا من التصرف بها بما يزيل الملك ، كالمعاوضة، والهبة والصدقة ، لأن ذلك من شأنه أن يفوّت عليه حق التمتع بها .

(١) المصادر السابقة .
(٢) القليوبي ٤/٥٧٦ ، نهاية المحتـاج ٧/١٩٩، والمغني ٧/٥٦٩، وابن عابدين ٢/٦٥٢ .

أما إذا لم تقبض صداقها وإنما تجهزت من مالها فليس له عليها إلا الحجر عن التصرف بما يزيل الملك ، فله أن يمنعها من بيعها ، وهبتها ، والتصدق بها ، والتبرع بأكثر من الثلث [١] والتفصيل في : (نفقة) .

شَوْط

انظر : طواف ، سعي

(١) شرح الزرقاني ٤/٢٤٧ .

شَوَّال

التعريف :

١ ـ شوال ، ويقال : الشَّوَّال : هو أحد شهور السنة القمرية العربية ، الذي يلي رمضان ، وهو شهر عيد الفطر ، [١] وأول أشهر الحج المذكورة في قوله تعالى : ﴿ الحج أشهر معلومات ﴾ [٢] .

الأحكام المتعلقة بشوَّال :

صيام الست من شوال :

٢ ـ ذهب بعض الفقهاء إلى أن صيام ستة أيام من شوال سُنّة [٣] لحديث : «من صام رمضان ثم أتبعه ستا من شوال ، كان كصيام الدهر» [٤] .

وذهب آخرون الى كراهة ذلك لئلا يلحق العامة برمضان ماليس منه [٥] .

(١) المصباح المنير .

(٢) سورة البقرة /١٩٧ .

(٣) روضة الطالبين ٢/٣٨٧ ، نهاية المحتاج ٣/٢٠٨ ، كشاف القناع ٢/٣٣٧ ـ ٣٣٨ ، أسنى المطالب ١/٤١٣ .

(٤) حديث : «من صام رمضان ثم أتبعه ستا من شوال . .» أخرجه مسلم (٢/٨٢٢ ط الحلبي) من حديث أبي أيوب الأنصاري .

(٥) الفتاوى الهندية ١/٢٠١ ، وحاشية الطحطاوي على=

وانظر التفصيل في مصطلح : (صوم التطوع) .

ماتثبت به رؤية هلال شوال :

٣ ـ يثبت هلال شوال بإكمال عدة رمضان ، واختلف العلماء في مايثبت به هلال شوال بغير ذلك فذهب الأكثرون : إلى أنه لا يثبت بأقل من شاهدين عدلين ، وقال آخرون : يثبت بشهادة رجل وامرأتين ، وقال البعض : يثبت بشهادة رجل واحد . وإذا كانت السماء مصحية فقد رأى البعض أنه لابد من الرؤية المستفيضة ، وانظر مصطلح :(رؤية الهلال)[1] .

المنفرد برؤية هلال شوال :

٤ ـ إذا انفرد واحد برؤية هلال شوال ، لم يجز له الفطر إلا أن يحصل له عذر يبيح الإفطار كالسفر ، أو المرض ، أو الحيض ، لحديث أبي هريرة يرفعه : «الصوم يوم تصومون ، والفطر يوم تفطرون ، والأضحى يوم تضحون»[2] وعن عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت : قال النبي ﷺ : «الفطر يوم يفطر

= مراقي الفلاح ص ٣٥١، مواهب الجليل ٢/٤١٤، وحاشية الزرقاني ٢/١٩٩ .

(١) كشاف القناع ٢/٣٠٢، نهاية المحتاج ٢/١٥١، القليوبي ٢/٥٠، روضة الطالبين ٢/٣٤٨، كتاب الكافي ص ٣٣٤، مواهب الجليل ٢/٣٨٢ .

(٢) حديث : «الصوم يوم تصومون . .»
أخرجه الترمذي (٣/٧١ ـ ط الحلبي) وقال : «حديث حسن غريب» .

الناس ، والأضحى يوم يضحى الناس»[1]

وقال الحنفية : فإن أفطر فعليه قضاء اليوم بلا كفارة ، وإن كان الرائى الإمام أو القاضي ، لايخرج إلى المصلى ، ولا يأمر الناس بالخروج ، ولا يفطر الرائى سرا ولا جهرا .

وقال المالكية ، والحنابلة : إن كان بمفازة ليس بقربه بلد وليس في جماعة : يبني على يقين رؤيته فيفطر ؛ لأنه لايتيقن مخالفة الجماعة[2] .

وقال الشافعية : إذا رأى شخص هلال شوال وحده لزمه الفطر ، ويندب أن يكون سرا[3] لقوله ﷺ : « وأفطروا لرؤيته »[4] .

شَيْب

انظر : شعر ، اختضاب

شَيْطَان

انظر : جِـن

(١) حديث : «الفطر يوم يفطر الناس» .
أخرجه الترمذي (٣/١٥٦ ـ ط الحلبي) وقال : «حديث حسن غريب» .

(٢) فتاوى الهندية ١/١٩٨ ، الدسوقي ١/٥١٢، ومواهب الجليل ٢/٣٨٩ .

(٣) حاشية الجمل ٢/٣٠٨ .

(٤) حديث : «وأفطروا لرؤيته»
أخرجه البخاري (الفتح ٤/١١٩ ـ ط السلفية) ومسلم (٢/٧٦٢ ـ ط الحلبي) من حديث أبي هريرة .

شُيُوع

التعريـف :

١ ـ الشيوع مصدر شاع ـ يقال : شاع يشيع شيعا ، وشيعانا وشيوعا : إذا ظهر وانتشر . يقـال : شاع الخـبر شيوعا فهو شائع إذا : ذاع ، وانتشر ، وإشاعه إشاعة أطاره وأذاعه وأظهره .

وفي هذا قولهم : نصيب فلان شائع في جميع الـدار ، أي : متصـل بكل جزء منها ومشاع فيها ليس بمقسوم [١] .

ولا يخرج المعنى في اصطلاح الفقهاء عن المعنـي اللـغوي .

الألفاظ ذات الصلة :

(١) الخلـط :

٢ ـ الخلط : تداخـل الأشياء بعضهـا في بعض ، وقـد يمكن التمييز بعـد ذلـك كالحيوان ، وقد لا يمكن كالمائعات فيكون مزجا [٢] .

(٢) الشركـة :

٣ ـ وهي لغـة : الاختـلاط على الشيوع ، وشرعـا : ثبـوت الحق في الشـيء الـواحـد لشخصـين فأكثـر على وجه الشيوع . وعبر عنها صاحب المغني بأنها اجتماع في استحقاق أو تصرف [١] .

الحكم التكليفي :

٤ ـ أ ـ يحرم إشـاعـة أسرار المسلمـين ، وأمـورهـم الـداخـلية مما يمس أمـنهـم واستقرارهم ، حتى لا يعلم الأعداء مواضع الـضـعـف فيهـم ، فيسـتغلوهـا أو قوتهم فيتحصنوا منهم .

ب ـ كما يحرم إشاعة ما يمس أعراض الناس وأسرارهم الخاصة ، قال الله تعالى : ﴿ إن الـذين يحبـون أن تشيع الفاحشة في الذين آمنوا لهم عذاب أليم فى الدنيا والآخرة ﴾ [٢] .

انظر : (إشاعة ، وإفشاء السر) .

حكم ثبوت الجريمة بالشيوع في الناس :

٥ ـ إن شاع في الناس : أن فلانا سرق متاع فلان ، أو زنى بفلانة ، لا يقام الحد عليه بمجرد الشيوع ، بل لابد من الإثبات على الوجه الشرعى .

وينظر التفصيل في : (حدود ، وإثبات) .

---

(١) لسان العرب ، المصباح المنير .

(٢) المصباح المنير ، لسان العرب .

(١) حاشية القليوبي ٢/٣٣٢ ، والمغني ٥/٣ .

(٢) سورة النور / ١٩ .

الشيوع في اللوث :

٦ - قال الشافعية : إن الشيوع على ألسنة الخاصة والعامة ، بأن فلانا الذي جهل قاتله ، قتله فلان هو لوث ، فيجوز لورثته أن يحلفوا أيمان القسامة على من قتل مورثهم استنادا إلى شيوع ذلك على ألسنة الناس [١] .

بيع المشاع :

٧ - لا خلاف بين الفقهاء في جواز بيع جزء مشاع في دار كالثلث ونحوه ، وبيع صاع من صبرة متساوية الأجزاء ، وبيع عشرة أسهم من مائة سهم .

والتفصيل في مصطلح : (بيع) [٢] .

قسمة المشاع :

٨ - يجب على الحاكم ، قسمة الملك المشاع بطلب الشركاء ، أو بطلب بعضهم ، لأن كل واحد من الشركاء منتفع قبل القسمة بنصيب غيره ، فإذا طلب من الحاكم أن يمكنه من الانتفاع بنصيبه ، ويمنع الغير من الانتفاع به ، يجب على الحاكم إجابة طلبه ، إلا إذا بطلت المنفعة المقصودة في المقسوم بالقسمة .

فإن كانت المنفعة المقصودة منه تفوت بالقسمة ، فلا يجاب طلبهم القسمة عند الجمهور ، ولا يمكنون من ذلك ولو تراضيا عليه إذا كانت المنفعة تبطل كلية ؛ لأنه سفه ، وإتلاف مال بلا ضرورة .

وقال الحنفية : إن اقتسموا بالتراضي لا يمنع القاضي من ذلك ؛ لأن القاضي لا يمنع من أقدم على إتلاف ماله بالحكم [١] .

والتفصيل في مصطلح : (قسمة) .

زكاة المشاع :

٩ - إذا ملك اثنان فأكثر من أهل الزكاة نصاب مال مما تجب فيه الزكاة ملكا مشاعا كأن ورثاه ، أو اشترياه ، زكياه كرجل واحد عند الجمهور .

والتفصيل في : (خلطة ، زكاة) .

رهن المشاع :

١٠ - يصح رهن المشاع ، من عقار وحيوان ، كما يصح بيعه ، وهبته ، ووقفه ، سواء كان الباقي للراهن أو لغيره ، إذ لا ضرر على الشريك ، لأنه يتعامل مع المرتهن كما كان يتعامل مع الراهن ، وقبضه بقبض الجميع ، فيكون بالتخلية في غير المنقول ، وبالنقل في المنقول ، وإلى هذا ذهب المالكية والشافعية والحنابلة [٢] .

---

(١) القليوبي ٤/١٦٥ ، نهاية المحتاج ٧/٣٩٠ .
(٢) كشاف القناع ٣/١٧٠ ، ابن عابدين ٤/٣٢ ، أسنى المطالب ٢/١٤ .

(١) روضة الطالبين ١١/٢٠٣ ، نهاية المحتاج ٨/٢٨٥ ، حاشية الدسوقي ٣/٥٠٧ ، ابن عابدين ٥/١٦٥ .
(٢) حاشية الدسوقي ٣/٢٣٥ ، روضة الطالبين ٤/٣٨ - =

وقال الحنفية : لا يصح رهن المشاع ، لعدم كونه مميزا ، وموجب الرهن : الحبس الدائم ما بقي الدين ، وبالمشاع يفوت الدوام ؛ لأنه لابد من المهايأة فيصير كأنه قال : رهنتك يوما دون يوم . ولا فرق بين أن يكون الشيوع مقارنا أو طارئا ، رهن من شريكه أو من غيره ، لأن الشريك يمسكه يوما رهنا ، ويوما يستخدمه[1] . انظر : (رهن) .

هبة المشاع :

١١ ـ ذهب جمهور الفقهاء : إلى جواز هبة المشاع سواء في ذلك ما أمكن قسمته ، ومالم يمكن قسمته ، وسواء وهبه لشريكه أو لغيره[2] .

وقال الحنفية : لا يجوز هبة مشاع شيوعا مقارنا للعقد فيما ينقسم ولأنه ما من جزء من أجزاء المشاع إلا وللشريك فيه ملك ، فلا تصح هبته ؛ لأن القبض الكامل غير ممكن ، وقيل يجوز هبته لشريكه . أما إذا كان المشاع غير قابل للقسمة ، بحيث لا يبقى منتفعا به إذا قسم تجوز هبته[3] .

وانظر : (هبة) .

= ٣٩ ، نهاية المحتاج ٢٣٩/٤ ، كشاف القناع ٣٢٦/٣ .

(١) حاشية ابن عابدين ٣١٥/٥ .

(٢) روضة الطالبين ٣٧٣/٥ ، المغني ٦٥٥/٥ ، حاشية الدسوقي ٢٣٥/٣ .

(٣) الدر المختار وحاشيته ٥١٠/٤ ـ ٥١١ .

إجارة المشاع :

١٢ ـ يجوز إجارة المشاع للشريك باتفاق الفقهاء ، أما إجارته لغير الشريك فقد اختلف الفقهاء في صحته . فذهب المالكية والشافعية : إلى صحة إجارة المشاع ، وهو قول الصاحبين : (أبي يوسف ومحمد) ، ورواية عن أحمد ، لأن الإجارة أحد نوعي البيع ، فتجوز في المشاع ، كما تجوز في بيع الأعيان ، والمشاع مقدور التسليم بالمهايأة ، ولأنه عقد في ملكه ، يجوز مع شريكه فجاز مع غيره كالبيع ، ولأنه يجوز إذا فعله الشريكان معا فجاز لأحدهما فعله في نصيبه منفردا كالبيع .

وقال أبوحنيفة وزفر ، وهو القول الراجح عند الحنابلة : لا تجوز إجارة المشاع ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه فلم تصح إجارته كالمغصوب .

ولأنه لا يقدر على تسليمه إلا بتسليم نصيب شريكه ، ولا ولاية له على نصيب شريكه[1] .

وانظر : (إجارة) .

وقف المشاع :

١٣ ـ يجوز وقف المشاع عند المالكية ،

(١) المغني ٥٥٣/٤ ، الفتاوى الهندية ٤٤٧/٤ ، ابن عابدين ٢٩/٥ ، أسنى المطالب ٤٠٩/٢ ، الشرح الصغير ٥٩/٤ ـ ٦٠ .

والشـافعية ، والحنـابلة ، وأبي يوسف من الحنفية ؛ لما ورد عن ابن عمـر - رضي الله عنهما - أن عمـر بن الخطاب أصاب أرضا بخيبر ، فأتى النبي ﷺ يستأمره فيها فقال : يا رسـول الله ، إني أصبت أرضـا بخيبر لم أصب مالا قط أنفس عندى منه ، فما تأمر به ؟ قال : «إن شئت حبست أصلها وتصدقت بها» . قال : فتصدق بها عمر أنه لا يباع ، ولا يوهب ، ولا يورث ، وتصدق بها في الفقراء ، وفي القربى ، وفي الرقاب ، وفي سبيل الله ، وابن السبيل ، والضيف[١] .

ولأنه عقد يجوز على بعض الجملة مفرزا فجاز عليه مشاعا كالبيع ، وكالعرصة يجوز بيعها فجاز وقفها كالمفرزة ، ولأن الوقف تحبيس الأصل ، وتسبيل المنفعة ، وهذا يحصل في المشاع كحصوله في المفرز[٢] .

وقال محمد من الحنفية : لا يصح وقف المشـاع فيما يقبل القسمة ، أما مالا يقبل القسمة فيصح وقفه اتفاقا[٣] .

انظـر : (وقـف) .

الملك المشاع في عقار :

١٤ - إذا ملك اثنـان فأكثر عقارا ملكا مشاعا ، وباع أحدهما نصيبه لأجنبي ، ثبت للآخر حق الشفعة ، وهذا محل اتفاق بين الفقهاء .

انظـر : (شفعـة) .



---

(١) حديث ابن عمر : «أن عمر بن الخطاب أصاب أرضا بخيبر» .
أخرجه البخاري (الفتح ٥/٣٥٤ - ٣٥٥ - ط . السلفية) .

(٢) المغني ٥/٦٤٣ ، أسنى المطالب ٢/٤٥٧ .

(٣) حاشية ابن عابدين ٣/٣٦٤ .